

**UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



**A COGNOSCIBILIDADE INDIVIDUAL DA REALIZAÇÃO
DO FACTO TÍPICO COMO ELEMENTO ESSENCIAL DA
NEGLIGÊNCIA INCONSCIENTE**

**UMA INVESTIGAÇÃO DOGMÁTICA À LUZ DAS CIÊNCIAS
COGNITIVAS**

ANA BÁRBARA PINA DE MORAIS DE SOUSA E BRITO

Dissertação de doutoramento em Direito

2012



UNIVERSIDADE NOVA DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO



**A COGNOSCIBILIDADE INDIVIDUAL DA REALIZAÇÃO
DO FACTO TÍPICO COMO ELEMENTO ESSENCIAL DA
NEGLIGÊNCIA INCONSCIENTE**

**UMA INVESTIGAÇÃO DOGMÁTICA À LUZ DAS CIÊNCIAS
COGNITIVAS**

ANA BÁRBARA PINA DE MORAIS DE SOUSA E BRITO

Dissertação de doutoramento em Direito
(Ciências Jurídico-Criminais)

Orientadora: Professora Doutora Maria Fernanda Palma

2012



ANA BÁRBARA PINA DE MORAIS DE SOUSA E BRITO

**A COGNOSCIBILIDADE INDIVIDUAL DA REALIZAÇÃO DO FACTO
TÍPICO COMO ELEMENTO ESSENCIAL DA NEGLIGÊNCIA
INCONSCIENTE**

UMA INVESTIGAÇÃO DOGMÁTICA À LUZ DAS CIÊNCIAS COGNITIVAS

Errata

p.11, nota 30: em vez de “facilitado”, “facilitada”

p.18, linha 21: em vez de “evidência”, “evidencia”

p.25 nota 87: abrir aspas “não se pode

p.40 nota 146 linha 9: em vez de “não está”, “está”

p.51 linha 12: em vez de “por”, “da”

p.56 nota 185: em vez de “1958”, “1956”

p.71 linha 28: em vez de “§69,”, “§69)”

p.92 linha 5: em vez de “1992”, “1991”

p.98 nota 303: em vez de “negligencia”, “negligência”

p.166 linha 1: em vez de “coma”, “com”

p.186 nota 601 linha 8: em vez de “inconsciente”, “consciente”

p.190 nota 619 linha 4: em vez de “a”, “à”

p.192 linha 17: em vez de “suficiente”, “insuficiente”

p.219 nota 701 linha 1: em vez de “falta de”, “falta por”

p.221 nota 708: em vez de “ASHWORTH (2006)”, “SIMESTER, SULLIVAN (2004)”

p.231 nota 746: acrescentar “O texto, por lapso manifesto, tem “carro de B” onde deveria ter “carro de A”. A mesma troca de A por B repete-se nas duas citações seguintes

p.232 linha 6: em vez de “A”, “B”

p.232: linha 7: em vez de “B”, “A”

p.232 linha 8: em vez de “esquerda”, “direita”.

p.233 linha 2: retirar “feitas”

p.258 nota 815: em vez de “274”, “264”

p.251: em vez de “exercidos”, “exigidos”

p.254 linha 9: em vez de “inconsciente”, “e o inconsciente”

p.262 nota 846 linha 6: em vez de “se”, “não se”

p.262 nota 846 linha 7: em vez de “ou”, “e”

p.311 nota 964: em vez “e GOODALE”, “GOODALE”

p. 314 nota 978: em vez de “computationais”, “computacionais”

p. 349 nota 1067: em vez de “1088”, “1140”

p.382 linha 14: em vez de “(das”, “(da

p.386 nota1063: linha 24: retirar “de”

p.390 nota 1178: em vez de “indivíuo”, “indivíduo”

p.390 nota 1178: em vez de “direcionada”, “direccionada”

p.399 nota 1207: em vez de “prória”, “própria”

p.401 nota1210: em vez de “1043”, “1105”

p.406 nota1217: retirar “uma”

p.406 nota 1217: em vez de “típicos”, “típicos e contingentes”

p.406 nota 1217: em vez de “dependente”, “dependentes”

p.406 nota 1217: em vez de “contrário”, “o contrário”

p.411 nota 1223: em vez de “talidomina”, “talidomida”

p.415 nota 1227: em vez de “talidomina”, “talidomida”

p.420 linha 22: em vez de “superiores”, “inferiores”

p.428: em vez de “1943”, “1940”

p.438 ultima linha: em vez de “MYLNER e”, “MILNER”

p.477: em vez de “seinem”, “seinen”

p.477: em vez de “Ein Lehrbuch”, “ Eine systematische Darstellung”

ÍNDICE

Abreviaturas.....	X
Introdução.....	1

PARTE I

Análise crítica da investigação antecedente

Capítulo I

A evolução da doutrina alemã e de doutrinas por ela inspiradas

1. Os estudos de ENGISCH sobre negligência.....	5
1.1. A importância central da obra de ENGISCH na história da dogmática da negligência, simultaneamente como súmula da investigação anterior e ponto de partida da evolução posterior.....	5
1.2. A caracterização positiva da negligência em ENGISCH como violação do dever de cuidado e deste como elemento do tipo.....	6
1.2.1. O cuidado interno e o cuidado externo.....	7
1.2.2. O cuidado objectivo exigível.....	9
1.2.3. As três formas de cuidado objectivo exigível.....	10
1.2.3.1. O cuidado como omissão da actuação perigosa (nos crimes de resultado por acção).....	10
1.2.3.2. O cuidado como actuação exterior em situação perigosa (nos crimes comissivos por omissão).....	11
1.2.3.2.1. A determinação fáctica do conteúdo da conduta cuidadosa.....	12
1.2.3.2.2. A existência do dever de realizar a conduta cuidadosa.....	15
1.2.3.3. O cuidado como cumprimento do dever jurídico de atenção	16

1.2.4.	A violação do dever de cuidado como elemento típico e não mero problema de culpa. O cuidado no âmbito da teoria das normas.....	20
1.2.5.	Síntese conclusiva	23
1.3.	A delimitação do dever de cuidado pelas capacidades e relações pessoais do obrigado.....	24
1.3.1.	Quanto à evitabilidade.....	25
1.3.2.	Quanto à cognoscibilidade.....	28
1.4.	A cognoscibilidade como (único) elemento realmente específico da negligência.....	30
1.4.1.	A base e o critério da cognoscibilidade (na culpa).....	31
1.5.	Apreciação crítica de ENGISCH.....	42
2.	A ligação subjectiva do agente ao facto nos crimes negligentes segundo a doutrina finalista e pós-finalista	44
2.1.	A posição inicial de WELZEL	44
2.2.	Comparação com ENGISCH.....	53
2.3.	A posição de NIESE.....	54
2.4.	Evolução da posição de WELZEL, do estudo de 1961 à 11. ^a e última edição do <i>Tratado</i>	56
2.5.	A última posição de ENGISCH.....	60
2.6.	Outros autores da última fase do finalismo: ARMIN KAUFMANN, STRATENWERTH.....	64
2.7.	Os “Estudos” de JAKOBS sobre a negligência de 1972.....	74
2.8.	O ultrafinalismo de ZIELINSKI e a tese de irrelevância do desvalor de resultado na negligência.....	83
2.9.	A neutralidade da construção do tipo subjectivo na negligência inconsciente na doutrina finalista de STRUENSEE	88
3.	Caracterização da negligência segundo a teoria funcionalista de JAKOBS.....	92
3.1.	A caracterização negativa da negligência como um “erro”	92

3.2. A caracterização positiva da negligência, ao nível do tipo subjectivo de ilícito, como cognoscibilidade da realização do tipo.....	97
3.2.1. O critério de determinação da cognoscibilidade ou evitabilidade no momento da imputação objectiva.....	99
3.2.2. O critério de determinação da cognoscibilidade ou evitabilidade no momento da imputação subjectiva. A negligência como evitabilidade <i>individual</i>	105
3.2.2.1. A defesa da individualização na determinação da negligência.....	107
3.2.2.1.1. A individualização na determinação da negligência e a função do direito penal.....	107
3.2.2.1.2. Argumentos extraídos da crítica à “negligência objectiva”.....	110
3.3. O momento da imputação da culpa na negligência.....	112
3.3.1. A necessidade de continuar a distinguir entre os níveis da imputação do ilícito e da culpa.....	112
3.3.2. O conteúdo do juízo de culpa.....	114
4. O papel da cognoscibilidade na dogmática da negligência de ROXIN.....	118
5. A negligência inconsciente como cognoscibilidade da possibilidade da realização do tipo segundo FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER.....	130
6. A “ocasião certa” (<i>triftige Veranlassung</i>) simultaneamente como base ontológica e critério normativo da cognoscibilidade individual em DUTTGE.....	136
6.1.. A exigência constitucional de uma maior concretização do específico desvalor de acção nos crimes negligentes como ponto de partida.....	136

6.2. A determinação da “ocasião certa” a partir da jurisprudência.....	136
6.3. A construção da “ocasião certa” a partir do estudo da percepção (dos sinais de perigo) e dos elementos que a influenciam.....	138
6.3.1. O conceito, processo e elementos da percepção.....	138
6.3.2. Indicadores de perigo, categorias de percepção, graus de percepção e construção da “ocasião certa”	146
6.3.2.1. Indicadores de perigo.....	146
6.3.2.2. Categorias e graus da percepção.....	148
6.3.2.3. A construção da “ocasião certa”	153
6.4. A “ocasião certa” como base ontológica e critério normativo delimitador da cognoscibilidade individual.....	159
6.5. Generalização ou Individualização?	161
6.6. A crítica a DUTTGE.....	164
 7. Teses negadoras do merecimento penal da negligência inconsciente por falta de uma base subjectiva.....	 172
 8. A co-consciência das normas de cuidado na negligência inconsciente, segundo ESTHER HAVA GARCIA.....	 178

Capítulo II

A doutrina anglo-americana

1. A <i>negligence</i> na <i>common law</i>	195
2. A doutrina da <i>negligence</i> de HART	197
3. Evolução do tratamento da <i>negligence</i> na <i>common law</i> desde o caso <i>Batemann</i> , de 1925, ao caso <i>Adomako</i> , de 1995.....	202
4. A doutrina depois de <i>Adomako</i>	207
5. Perspectivas de evolução jurisprudencial e proposta legislativa.....	220

Capítulo III

A doutrina portuguesa

1.	A doutrina portuguesa na esteira de ENGISCH. As posições de CAVALEIRO FERREIRA e EDUARDO CORREIA.....	222
2.	A recepção da dogmática pós-finalista em FIGUEIREDO DIAS e FARIA E COSTA.....	227
3.	A doutrina portuguesa na esteira de ROXIN. A posição de FIGUEIREDO DIAS.....	233
4.	Teorias individualizadoras do crime negligente. As posições de TERESA BELEZA, MARIA FERNANDA PALMA e PAULA RIBEIRO DE FARIA.....	241
5.	CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA: a negação da negligência inconsciente como categoria autónoma.....	248

Capítulo IV

Conclusão. A cognoscibilidade individual da realização do facto típico como tipo subjectivo específico do crime de negligência inconsciente

1.	A reconstrução racional da tese de que a cognoscibilidade é o elemento específico da negligência inconsciente	255
1.1.	Crítica e reconstrução racional da demonstração de ENGISCH.....	256
1.1.1.	A manutenção do dever de cuidado como elemento do tipo de ilícito da negligência.....	256
1.1.2.	Primeiro passo: a evitabilidade.....	257
1.1.3.	Segundo passo: da evitabilidade à cognoscibilidade.....	259
1.2.	A aceitação da cognoscibilidade como elemento central da negligência pela doutrina posterior a ENGISCH.....	260

1.2.1.	WELZEL.....	260
1.2.2.	JAKOBS.....	261
1.2.3.	SCHRODER.....	266
1.2.4.	DUTTGE.....	268
1.2.5.	HOYER.....	271
1.3.	Discussão de argumentos em contrário da doutrina posterior a ENGISCH.....	272

PARTE II

Contributo das ciências cognitivas para a afirmação da cognoscibilidade individual da realização do facto típico como elemento essencial da negligência inconsciente

Capítulo I

A essencialidade da cognoscibilidade individual da realização do facto típico: o contributo da neurociência

1.	Ponto de partida: as investigações de BENJAMIN LIBET acerca da relação entre consciência e acção.....	276
2.	Decorrencia das investigações anteriores para as várias formas que pode assumir a acção jurídico-penal e consequente centralidade da ideia de cognoscibilidade individual da realização do facto típico como elemento central da negligência inconsciente.....	299

Capítulo II

Elementos necessários à cognoscibilidade individual da realização do facto típico

1.	Consciência sensorial ou cognitiva dos sinais objectivos de perigo.....	303
----	---	-----

1.1.	Sobre a questão da consciência.....	304
1.2.	Sinais objectivos de perigo.....	316
1.3.	Exemplos da presença, não explícita, da referência à consciência dos sinais objectivos de perigo na jurisprudência portuguesa.....	321
2.	Outros elementos necessários à cognoscibilidade individual da realização do facto típico.....	326

Capítulo III

Principais factores condicionantes da consciência dos sinais objectivos de perigo e dos demais elementos necessários à cognoscibilidade individual da realização do facto típico

1.	O tempo.....	328
2.	A atenção.....	331
2.1.	A relação entre atenção e consciência. A teoria da carga perceptiva (<i>perceptual load theory</i>).....	331
2.1.1.	O que leva a atenção a dirigir-se a um estímulo e não a outro? Pode o sujeito controlar a que estímulo(s) dirige a sua atenção?.....	342
2.1.2.	É possível determinar e relacionar as capacidades de atenção disponíveis e exigidas por uma tarefa de forma a decidir se a carga atencional está alta ou baixa?.....	346
2.1.3.	Que factor ou factores influenciam, por sua vez, a capacidade de atenção?.....	349
2.1.3.1.	Diferenças interindividuais.....	352
2.1.3.2.	Diferenças intra-individuais.....	356
2.2.	Consequências ao nível dos elementos necessários à cognoscibilidade individual da realização do facto típico. Os casos de défice de atenção devido a subestimulação ou distractibilidade.....	361

3.	A memória.....	371
3.1.	Espécies ou formas de memória.....	371
3.1.1.	Memória de longo prazo.....	373
3.1.2.	Memória de curto prazo/memória de trabalho.....	374
3.1.3.	Memória sensorial.....	376
3.2.	Relação entre a memória de trabalho e a consciência. Consequências ao nível dos elementos da cognoscibilidade.....	377
3.3.	Factores que condicionam a memória de trabalho.....	383
4.	Estados emocionais.....	385
5.	Outros factores (expectativas, preconceitos, predisposições emocionais não conscientes, similaridade).....	395

PARTE III

A cognoscibilidade individual da realização do facto típico perante os princípios e no sistema do direito penal

Capítulo I

A exigência da cognoscibilidade e a determinação do seu conteúdo à luz dos princípios do direito penal

1.	A cognoscibilidade e o princípio da culpa.....	403
2.	O princípio da igualdade e o princípio da legalidade.....	406
3.	O principio da necessidade da pena	407

Capítulo II

Integração da cognoscibilidade individual e dos seus elementos no sistema do crime negligente inconsciente

1. Elementos da cognoscibilidade e conceito de acção na negligência inconsciente. Dependência do conceito de acção negligente inconsciente da consciência sensorial ou cognitiva dos sinais objectivos de perigo, e da consciência ou possibilidade de consciência da decisão de actuar num ou noutro sentido.....	411
2. Elementos da cognoscibilidade individual da realização do facto típico e tipicidade. Dependência da tipicidade da negligência inconsciente da possibilidade de consciência do perigo abstracto e concreto, bem como da possibilidade de consciência da capacidade e dos meios de o evitar.....	417
3. Cognoscibilidade individual da realização do facto típico e <i>dever de cuidado</i>	419
4. Cognoscibilidade, ilicitude e culpa.....	420
Conclusões.....	425
Bibliografia.....	459

ABREVIATURAS

AAFDL – *Associação de Alunos da Faculdade de Direito de Lisboa*

AK-StGB – *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, vol.I., W. HASSEMER *ed al* (eds.), Neuwied: Luchterhand, 1990 (*Reihe Alternativkommentare*).

BMJ – *Boletim do Ministério da Justiça*

CJ – *Colectânea de Jurisprudência*.

GA – *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*

JA – *Juristische Arbeitsblätter*

JZ – *Juristenzeitung*

LK – *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, 11.^aed., B. JÄNKE (ed.), Berlin: de Gruyter, 1992-

MPC – *Model Penal Code*

NJW – *Neue Juristische Wochenschrift*

NStZ – *Neue Zeitschrift für Strafrecht*

RPCC – *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*

SK-StGB – *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Hans-Joachim RUDOLPHI *ed al.* (eds.), vol.I, *Allgemeiner Teil*, 5.^a ed., 1987-; 7.^a ed., 2000-, München: Luchterhand

WK – *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2.^a ed., Frank HÖPFEL, Eckart RATZ (eds.), Wien: Manz, 1999-2006

ZStW – *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*

Introdução

A presente investigação entende-se a si própria como mais um passo necessário no longo caminho já percorrido pela investigação antecedente sobre a dogmática da negligência inconsciente. A sua justificação, nesta perspectiva, parte de uma reconsideração aprofundada da obra clássica de KARL ENGISCH, de 1930, *Investigações sobre Dolo e Negligência no Direito Penal*¹. Esta obra surge não apenas como o ponto lógico de chegada de toda a investigação anterior, como também lançou as bases dos avanços decisivos da doutrina posterior nesta matéria. Com efeito, deve-se em especial a ENGISCH e à sua obra o reconhecimento, que para nós foi decisivo, de que o único elemento específico da negligência inconsciente é a cognoscibilidade individual da realização do facto típico. Como procuraremos demonstrar, a cognoscibilidade individual da realização do facto típico permite não apenas distinguir a negligência inconsciente das outras formas que o tipo subjectivo pode assumir, como, mesmo antes, demarcar, do ponto de vista subjectivo, o próprio limiar de intervenção legítima do direito penal, logo ao nível do conceito de acção. A análise crítica a que procederemos das principais construções doutrinárias posteriores, especialmente de WELZEL e dos seus continuadores finalistas (NIESE, ARMIN KAUFMANN, STRATENWERTH, o primeiro JAKOBS, ZIELINSKI e STRUENSEE), do funcionalismo posterior de JAKOBS, de ROXIN, de SCHROEDER e de DUTTGE, virá confirmar a essencial importância do conceito de cognoscibilidade individual da realização do facto típico². Também o estudo da evolução da

¹ ENGISCH (1930).

² Nesta parte da investigação respeitaremos o modo como cada um dos autores apresenta a temática da negligência inconsciente. O método seguido foi o de partir dos autores seleccionados para, a partir daí, identificar as questões centrais, em vez de, ao contrário, partir de questões já identificadas por nós e ver como elas foram abordadas nos diferentes autores. Esta opção de respeitar o modo como cada autor apresenta a temática da negligência, nomeadamente da negligência inconsciente, conduz a um tratamento aparentemente não uniforme da matéria. Porém, tal é mais aparente do que real, uma vez que, embora com formulações diferentes, é possível concluir que a discussão em todos os autores anda sempre à volta das mesmas questões centrais. A

doutrina e da jurisprudência anglo-americanas, decisivamente influenciadas por HART, revela um percurso no sentido de considerar a capacidade individual de evitar o resultado como fundamento da censura específica da negligência, sem prejuízo da oscilação da jurisprudência a favor de um critério de capacidade objectiva e da falta de separação clara entre ilicitude e culpa na negligência inconsciente.

A doutrina portuguesa acompanhou nas suas grandes linhas a evolução da dogmática alemã, com predomínio para as influências de ENGISCH, primeiro, e de ROXIN, depois, sem prejuízo da relevância dada à cognoscibilidade e, em geral, a critérios individualizadores da capacidade, por autores ou por decisões judiciais que referiremos.

O percurso pela história dogmática da negligência permite-nos, finalmente, em forma de conclusão com que fecharemos a primeira parte da investigação, fazer uma avaliação sistemática dos argumentos a favor e contra a cognoscibilidade individual da realização do facto típico como elemento específico da negligência inconsciente. Essa avaliação far-se-á através da reconstrução racional dos argumentos que concluem pela tese de que aquela é, efectivamente, o elemento específico da negligência inconsciente, nos autores que a defendem, e pela refutação dos argumentos em contrário dos críticos.

A determinação e o desenvolvimento dos conceitos de cognoscibilidade individual (no caso, da realização do facto típico) e de acção inconsciente não podem, porém, fazer-se adequadamente sem considerar o estado actual da investigação nas ciências cognitivas e, em especial, na neurociência. Esse será o objecto da segunda parte da investigação. A comparação dos resultados da neurociência com os conceitos da dogmática penal conduz, porém, a resultados que ultrapassam os paradigmas actuais das duas disciplinas. Desde logo, a neurociência põe em causa o paradigma filosófico tradicional da acção, recebido pela dogmática penal, de que na acção consciente a decisão de actuar é tomada

vantagem do método seguido é a de permitir uma justificação dialéctica destas questões centrais, que assim deixam de ser postuladas arbitrariamente por nós.

conscientemente no final do processo deliberativo. Com BENJAMIN LIBET veremos que não é exactamente assim e que mesmo na acção consciente a decisão de actuar é sempre tomada inconscientemente. O que justifica que, então, ainda estejamos perante uma acção voluntária é, segundo os mesmos estudos provenientes da área da neurociência, a possibilidade de veto ou poder de controlo, que surge com a tomada de consciência da decisão e que é aqui entendido como evitabilidade da acção. Demonstrado que na acção voluntária o controlo deriva da possibilidade de intervenção consciente no processo causal, haverá que dar um novo passo e procurar identificar em que consiste a possibilidade de controlo na acção negligente inconsciente, matéria não abordada directamente pela neurociência. Com efeito, uma vez que na negligência inconsciente não há consciência efectiva da decisão de realizar o facto típico (senão haveria, pelo menos, negligência consciente) tem de haver, pelo menos, consciência de algo que permita a possibilidade efectiva daquela consciência. Esse algo será aquilo a que chamaremos “sinais objectivos de perigo”, enquanto indicadores de perigo relacionáveis com o facto típico: é que só está no nosso poder representar o facto típico se representarmos (se tivermos consciência de) algo ligado causalmente com esse facto típico. É essa representação, como demonstraremos novamente com o apoio da investigação disponível na área da neurociência, que, na medida em que permite o acesso às áreas do cérebro responsáveis pelo raciocínio e planificação, permite, igualmente, a possibilidade de tomada de consciência do perigo (abstracto e efectivo) que decorre da situação, bem como a possibilidade da consciência da capacidade de evitar e dos meios de evitar esse perigo, incluindo entre eles a acção do agente. Estes são os elementos necessários à cognoscibilidade individual da realização do facto típico e, portanto, à existência do tipo subjectivo do crime cometido com negligência inconsciente.

Depois de identificados os elementos necessários à cognoscibilidade individual da realização do facto típico, estudaremos, novamente com o apoio das diversas ciências cognitivas, os factores que condicionam a consciência dos sinais objectivos de perigo e os demais elementos necessários àquela

cognoscibilidade individual. Entre esses factores destacaremos o tempo, a atenção, a memória e os estados emocionais, uma vez que são simultaneamente os mais importantes e os mais estudados naquelas áreas.

Finalmente, na terceira e última parte da investigação, abordaremos a questão da exigência da cognoscibilidade individual da realização do facto típico como elemento central da negligência inconsciente à luz dos princípios fundamentais do Direito Penal e, com base em exemplos seleccionados, procederemos à integração dos elementos dessa cognoscibilidade individual no sistema dogmático do crime negligente inconsciente.

PARTE I

Análise crítica da investigação antecedente

Capítulo I

A evolução da doutrina alemã e de doutrinas por ela inspiradas

1. Os estudos de ENGISCH sobre negligência

1.1. A importância central da obra de ENGISCH na história da dogmática da negligência, simultaneamente como súpula da investigação anterior e ponto de partida da evolução posterior

No posfácio à reimpressão em 1964 da sua obra de 1930, *Investigações sobre Dolo e Negligência em Direito Penal*³, diz KARL ENGISCH, modestamente, tratar-se apenas de uma pedra no edifício dogmático que, na altura, se considerava relativamente fechado e firme⁴. A auto-apreciação de ENGISCH deverá, efectivamente, considerar-se excessivamente modesta, porque a sua obra não é apenas a síntese de uma evolução doutrinária anterior, como é sugerido pelo próprio, mas está cheia de novidade e contribuições dogmáticas originais que só viriam a ser exploradas depois. Não se andará certamente longe da verdade se se disser que não só a doutrina posterior da negligência partiu de ENGISCH, como ainda que nenhuma das contribuições posteriores mais originais deixou de o ter como ponto de partida, relacionando-se directamente com os

³ ENGISCH (1930).

⁴ Nas suas próprias palavras: “Uma vez que ambicionei aproveitar conscienciosamente a literatura do tempo e orientar sobre todas as opiniões doutrinárias pertinentes neste contexto, o leitor está posto na situação de não ter ele próprio que abrir o caminho através de um sem número de livros e ensaios. Também pode bem acontecer que uma pessoa ou outra preste atenção a concepções que já caíram no esquecimento e contudo merecem consideração na actualidade” ENGISCH (1930), 481.

pontos de vista por ele desenvolvidos⁵. Esta afirmação será consubstanciada no estudo da evolução da doutrina alemã e de outras por ela inspiradas, que iniciamos com ENGISCH, seguindo o seu autorizado conselho.

1.2. A caracterização positiva da negligência em ENGISCH como violação do dever de cuidado e deste como elemento do tipo

ENGISCH começa por defender a necessidade de caracterizar a negligência, em primeiro lugar, negativamente e, só depois, positivamente. Justifica esta necessidade alegando que só é possível punir por negligência, de que resulta em princípio uma punição menos gravosa do que a que se verifica em casos de dolo, na hipótese de não estarem reunidos os pressupostos da punição pelo facto doloso⁶. Essa caracterização negativa só pode, contudo, efectuar-se através da enumeração dos casos em que o dolo é excluído⁷. Com efeito, entende ENGISCH que tal como não se pode caracterizar simplesmente o dolo como “querer ou aprovar a realização do tipo, ou a realização proibida do tipo”, também não se pode caracterizar a negligência, negativamente, como “a realização não querida ou não aprovada dos elementos do crime”⁸.

Apenas num segundo momento trata o autor do que designa por caracterização positiva da negligência. Após uma análise aprofundada de vários

⁵ Também ROXIN (2006), § 24, n.º 4, considera que ENGISCH contribuiu decisivamente para a mudança sistemática da negligência de mera forma de culpa para um problema de tipo, mudança que seria reforçada pelo finalismo. Por outro lado, como mais tarde veremos melhor, também não será difícil, por exemplo, relacionar a centralidade da cognoscibilidade em JAKOBS e em SCHROEDER com o seu tratamento igualmente central em ENGISCH. Da mesma forma, como também veremos, não se pode deixar de relacionar igualmente a importância que DUTTGE dá à por si denominada ocasião certa (*triftige Veranlassung*) com o discurso de ENGISCH sobre as circunstâncias que constituem a base da cognoscibilidade.

⁶ ENGISCH (1930), 241.

⁷ Nesse sentido afirma ENGISCH (1930), 241, que “para obter uma resposta clara para o momento negativo da negligência não resta outra alternativa senão identificar os grupos de casos em que o dolo é excluído e só a negligência é pensável”, o que faz nas páginas 241 a 256. ENGISCH sentiu, porém, a necessidade de identificar esses casos, uma vez que alguns não se conseguem reconduzir à negação da fórmula positiva do dolo a seguir referida no texto, como acontece com os de erro sobre os pressupostos de facto das causas de justificação.

⁸ ENGISCH (1930), 241.

conceitos de negligência, na sua perspectiva insuficientes⁹, conclui que nenhuma objecção é oponível à definição de negligência “como realização ilícita do tipo, que o autor deveria e poderia ter evitado”¹⁰; quer dizer, à definição da negligência como “evitabilidade do ilícito típico”¹¹. Porém, como a realização dolosa do tipo é também ilícito típico evitável, evidente se torna que, daquela forma, a negligência não está ainda suficientemente caracterizada. Confrontado, então, com a questão de saber em que consiste a específica ilicitude do comportamento negligente, responde ENGISCH que ela se encontra, desde logo, “na falta de empenho, atenção, cautela ou cuidado” do agente¹². A partir daqui desenvolve uma análise pormenorizada do conceito de cuidado, que sintetizaremos nos seus traços essenciais já de seguida.

1.2.1. O cuidado interno e o cuidado externo

ENGISCH começa por distinguir o que designa por cuidado interno (*innere Sorgfalt*) do que denomina como cuidado externo (*äußere Sorgfalt*). Na sua perspectiva, deparamo-nos, por um lado, com um “conceito de cuidado psicológico, um conceito de cuidado ‘interno’, no qual o cuidado consiste numa ‘actuação do espírito’” e, por outro lado, com “um conceito de cuidado externo, que abrange as actuações externas e omissões, cujo inverso é sobretudo a actuação perigosa”¹³. Passando depois a caracterizar melhor cada um destes conceitos, começa ENGISCH pelo de cuidado interno que, no seu entendimento, consiste em “atenção, cautela, cuidado, um certo trabalho de concentração, um reunir dos cinco sentidos, um empregar das forças espirituais, um controlar de todos os aparelhos psicológicos e físicos”¹⁴, surgindo depois o conceito de

⁹ Nomeadamente a noção de negligência como momento de ignorância que, como afirma, é desde logo incompatível com uma correcta aplicação da fórmula de FRANK. ENGISCH (1930), 256-267.

¹⁰ ENGISCH (1930), 267.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ ENGISCH (1930), 269-270.

¹⁴ ENGISCH (1930), 271. Mais à frente (273) ainda acrescenta que “o conceito de cuidado psíquico interno pode ser equiparado ao que BINDING designou como o cumprimento do dever de verificação prévia, como parte integrante e constante da

cuidado externo “como comportamento exterior correcto e apropriado”¹⁵.

A propósito da relação recíproca entre estes dois conceitos acrescenta ainda que estas duas formas de cuidado não estão necessariamente interligadas. Por um lado, pode alguém psiquicamente ser muito cuidadoso e mesmo assim o seu comportamento exterior constituir uma falta¹⁶. No exemplo de ENGISCH, um médico pode operar com grande concentração e cometer mesmo assim um erro técnico. Por outro lado, mesmo em situações de perigo as pessoas muito frequentemente actuam de acordo com as suas obrigações de cuidado externo, como que automaticamente, sem que se concentrem particularmente. É o que acontece, como sublinha, com motoristas experientes, com enfermeiras especializadas na assistência em operações ou, genericamente, com todos os profissionais que desempenham actividades de risco¹⁷. Não obstante, reconhece ENGISCH que há algo de comum entre os dois conceitos; nas suas palavras, mais uma vez: “cuidado interno e externo têm em qualquer caso uma raiz comum na sua idêntica função de deter a realização do tipo. São ambos meios que servem esse fim”¹⁸. São, em suma, meios de evitar um mesmo resultado: a realização do tipo¹⁹. E, enquanto meios para a evitar a realização do tipo, podem ser considerados *subjectivamente* – isto é, como meios que o autor tem por necessários para evitar a realização do tipo – ou *objectivamente* – ou seja, como modos efectivos de evitar a realização do tipo segundo o saber empírico

norma que exige o evitar do ilícito. O sujeito jurídico, mesmo quando não sabe que aquilo que planeia é ilícito, tem a obrigação de o evitar e apenas pode satisfazer este dever quando realiza antes e durante a prática da sua actividade a tal verificação prévia”. Segundo BINDING, “A verificação prévia é composta pela representação das circunstâncias sob as quais e sob cujas alterações se actua, pelo cálculo do percurso da actuação planeada com base na experiência, através da reflexão com ajuda da fantasia e pela avaliação da actuação mediante os deveres jurídicos conhecidos pelo autor” (*apud* ENGISCH (1930), 273).

¹⁵ ENGISCH (1930), 273.

¹⁶ ENGISCH (1930), 279.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ ENGISCH (1930), 280.

¹⁹ A este propósito ENGISCH (1930), 280, sublinha que “frequentemente não é possível separar comportamento interno e comportamento externo na sua qualidade de meios. A actividade de percepção é assim uma actividade externa e interna: uma pessoa coloca os olhos na direcção para que se dirige o seu olhar”.

humano²⁰.

1.2.2. O cuidado objectivo exigível

Depois de distinguir cuidado interno e externo, e de explicitar que qualquer deles pode ser olhado numa perspectiva objectiva ou subjectiva, observa ENGISCH que o conceito de cuidado é um conceito de valor, “não apenas porque o resultado que deve ser alcançado (o evitar da realização do tipo) é considerado pela ordem jurídica ou pelo agente como um *valor*, mas também porque o conceito de cuidado selecciona as formas de comportamento adequadas à prossecução daquele resultado”²¹. Neste segundo sentido o conceito de cuidado selecciona, de entre os meios que são concorrentes entre si para evitar a realização do tipo, aqueles cuja adopção é exigível ao agente. De forma bastante sugestiva afirma então que, seguramente, o meio mais eficaz de evitar homicídios seria evidentemente o de deixar de gerar e dar à luz. Acrescenta, porém, que “quem entendesse neste sentido a exigência da ordem jurídica, em vez de conquistar um prémio pelo cuidado expor-se-ia antes à maldição do ridículo”²². Em síntese, “o cuidado torna-se assim no cuidado exigível [*erforderlich*]”²³.

A partir daqui ENGISCH dedica-se ao estudo do *cuidado objectivo*²⁴ exigível, com uma dupla advertência: a de que, ante a impossibilidade de analisar a multiplicidade inesgotável dos particulares casos práticos, tratará apenas das características essenciais do cuidado objectivo (interno e/ou externo) e sempre por referência a cada tipo negligente²⁵.

²⁰ ENGISCH (1930), 280.

²¹ ENGISCH (1930), 282.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

²⁴ ENGISCH (1930), 282, explica mais uma vez que “não se trata de saber o que ao autor aparece como o cuidado exigível – isto é, o cuidado subjectivo –, mas de saber qual é o cuidado necessário; ou seja, o cuidado objectivo”. Note-se que este autor considera aqui como subjectivo o que é encarado pelo autor como necessário mas, mais à frente, quando analisa se na avaliação do dever de cuidado tem em conta o poder individual, fala em determinar subjectivamente o cuidado; isto é, com consideração da pessoa do autor. A expressão “cuidado subjectivo” é, assim, equívoca.

²⁵ ENGISCH (1930), 282-283.

1.2.3. As três formas de cuidado objectivo exigível

Dentro da caracterização da negligência como falta de cuidado, distingue ENGISCH três formas de cuidado: o cuidado como omissão da actuação perigosa (que relaciona com os crimes de resultado por acção); o cuidado como actuação exterior em situação perigosa (que relaciona com os crimes por omissão)²⁶ e o cuidado como preenchimento do dever jurídico de atenção ou dever de se informar (que relaciona com os crimes referidos atrás e ainda com os crimes formais). Caracterizemo-las sumariamente.

1.2.3.1. O cuidado como omissão da actuação perigosa (nos crimes de resultado por acção)

Segundo ENGISCH, nos crimes de resultado por acção o cuidado consiste na omissão da acção idónea a provocar o resultado típico; ou seja, na omissão do comportamento que, com uma probabilidade não insignificante, é adequado a produzir aquele resultado. Dessa forma, só a omissão de uma actuação desta espécie é abrangida pelo conteúdo do cuidado²⁷. Assim, nos crimes de forma vinculada, o cuidado consiste na simples não realização dos comportamentos descritos como adequados à realização do tipo²⁸. Já nos crimes de forma livre a

²⁶ A delimitação entre o dever de omitir actuações perigosas (presente nos crimes por acção) e o dever de agir, aplicando medidas de cuidado positivas para evitar a realização do tipo (presente nos crimes por omissão), pode apresentar-se para alguns, segundo ENGISCH, como problemática. Para este autor um crime de comissão (por acção) existe “quando um comportamento que viola a norma de proibição consiste numa acção positiva [...]”. Assim, “quando a norma de proibição do crime por acção é violada, o cuidado que falta existe na forma de actuação perigosa”. Já um crime de omissão imprópria existe quando a norma que o proíbe é violada através da não observação de uma obrigação de evitar a realização do resultado típico. Em conformidade, a falta de cuidado traduz-se na omissão das medidas de cuidado em situações perigosas. Assim, no exemplo de ENGISCH, se o dono do cão o solta para que ele se atire a alguém, pratica uma *acção* perigosa proibida; já se, pelo contrário, se limita a não prender o cão que rebentou com a coleira, pratica uma *omissão*. ENGISCH admite, ainda, que em determinadas hipóteses as duas formas de actuação surjam em “concorrência efectiva”. Pense-se no caso do condutor que ao mesmo tempo que já vem em velocidade excessiva também não a modera quando se aproxima uma carroça em sentido contrário (ENGISCH (1930), 294-295).

²⁷ ENGISCH (1930), 283-284.

²⁸ ENGISCH (1930), 284.

caracterização do cuidado nestes termos conduz de novo à necessidade de formulação de um juízo de adequação, que, segundo aquele autor, deve fazer-se considerando todos os conhecimentos da experiência susceptíveis de serem tomados em conta pelo homem mais inteligente se colocado na posição do agente no momento da sua actuação^{29 30}. Finalmente, observa ENGISCH que a obrigação de omitir uma acção perigosa desaparece quando estejam reunidos os pressupostos de uma causa de exclusão da ilicitude, explicitando que o termo vale não apenas para as tradicionalmente reconhecidas como tal, mas também para uma série de hipóteses que designa como de “perigo permitido” (ou de “risco permitido”, na expressão de BINDING, que viria a prevalecer), que considera como casos especiais de exclusão da ilicitude³¹.

1.2.3.2. O cuidado como actuação exterior em situação perigosa (nos crimes comissivos por omissão)

Depois de tratar das omissões juridicamente exigidas de actuações exteriores perigosas, considerando que estas actuações são capazes de realizar um resultado a evitar, trata ENGISCH de definir a forma de cuidado que se traduz na realização das acções adequadas a evitar o preenchimento do tipo e que é válida para todos os crimes omissivos, tanto próprios como impróprios³². Concentrando-se nestes últimos, refere então que neles o tipo (*Typus*) de cuidado adopta a forma de realização da acção capaz de evitar o resultado descrito no tipo

²⁹ *Ibidem*. Segundo ENGISCH “um juízo de adequação em sentido amplo decide sobre a perigosidade”. Note-se que o critério de ENGISCH se refere à perigosidade como é susceptível de ser reconhecida pelo homem mais inteligente na posição do agente que disponha de todos os conhecimentos da experiência, e que, portanto, é também o mais sábio. O uso de qualquer destes qualificativos, ou dos dois conjuntamente, nesta passagem e noutras semelhantes não implica, por isso, alteração de critério.

³⁰ Observa ainda ENGISCH que “a pergunta acerca de saber qual o cuidado exigível em comportamentos omissivos de acções perigosas é bastante facilitado pelo facto de a lei, justamente para chamar especial atenção ao indivíduo para a necessidade de evitar a realização do tipo, ter expressamente proibido e colocado sob ameaça de pena uma série de actividades, no seu critério, especialmente perigosas [...]”. Com o mesmo objectivo, existem ainda vários regulamentos de polícia e prescrições semelhantes, bem como regras da experiência e de tráfego de origem consuetudinária (ENGISCH (1930), 285).

³¹ ENGISCH (1930), 285-290.

³² ENGISCH (1930), 290.

de ilícito, delimitado normativamente pela existência de uma obrigação de evitar esse resultado³³.

A terminar esta parte apresenta ainda este autor as linhas gerais de orientação para determinar o cuidado positivo em situações de perigo. Não obstante reconhecer que aquilo que, em concreto, seja cuidado apenas se deixa averiguar à luz das circunstâncias de cada caso particular, o autor pergunta-se “se não se podem extrair dos casos particulares as linhas gerais que revelem os critérios para a averiguação do cuidado necessário?”³⁴. Trata-se, em suma, de problema paralelo ao já referido para os casos de crimes por acção, de averiguar quais as acções perigosas que se têm de omitir ou, mais concretamente, de averiguar como deve ser determinada a perigosidade e até onde vai a obrigação de omitir.

1.2.3.2.1. A determinação fáctica do conteúdo da conduta cuidadosa

A este propósito ENGISCH começa por explicar claramente que há que, em primeiro lugar, verificar “o que pode ser *facticamente* o conteúdo das condutas cuidadosas”³⁵, abstraindo ainda da pergunta acerca do dever. Ou seja, haverá que previamente determinar, em termos fácticos, qual o comportamento a adoptar pelo autor para evitar a realização do tipo. Sobre este ponto propõe-se então revelar o que considera serem os critérios decisivos. Ponto de partida para essa averiguação é, segundo afirma, a constatação de que se trata sempre de casos em

³³ Neste ponto o autor coloca a questão, que considera relacionada com a que vem de tratar, de saber *em que medida existe*, no caso dos crimes por omissão impróprios, *uma obrigação jurídica de afastar a realização do tipo*. Partindo de alguns casos práticos especialmente importantes, cuja solução considera isenta de dúvidas, começa por se referir às hipóteses em que o perigo resulta de um comportamento activo anterior, permitido ou não, do próprio agente. Nestas hipóteses, o dever de cuidado, ligado ao dever jurídico de fazer positivamente, é, segundo ENGISCH, um dever jurídico geral, embora o seu conteúdo seja em grande parte determinado, em cada tipo de casos, segundo critérios formais. Refere-se, depois, às hipóteses em que o perigo não resulta de qualquer comportamento activo anterior do agente, apresentando como exemplos o caso da mãe que deixa ir sozinho para uma estrada com trânsito o seu filho de dois anos, ou o do guarda prisional que não fecha as celas (ENGISCH (1930), 291-296).

³⁴ ENGISCH (1930), 296.

³⁵ *Ibidem*.

que se parte de uma situação de perigo pré-existente, devendo o agente intervir sobre a mesma de forma a evitar a realização do tipo que está iminente³⁶. Por outro lado, a própria situação de perigo só pode ser determinada em função do tipo legal cuja realização se pretende evitar – é que, como refere o autor “não existe perigo simplesmente, mas apenas um perigo para a vida ou saúde ou de incêndio de coisas ou de fuga de presos, etc.”³⁷ – e em caso de efectiva verificação do resultado previsto no tipo, uma vez que, em casos de negligência “só a realização completa do tipo é apreciada pelo juiz penal”³⁸. Concretizando no caso do homicídio, as perguntas relevantes seriam as de “saber se existia perigo de morte e em que é que ele consistia?”³⁹. Aqui chegados, reconhece ENGISCH, acumulam-se as dificuldades. Sugere então que se considere o seguinte exemplo, na prática bastante frequente: “um condutor viaja do lado direito da estrada. Em contramão aproxima-se um condutor de bicicleta. Ambos se afastam por causa de uma incerteza acerca do que o outro irá fazer, de forma que acabam por chocar. O condutor da bicicleta sofre lesões e o condutor de automóvel é responsabilizado por negligência”. Partindo do tipo legal das ofensas corporais, a pergunta relevante será, segundo ENGISCH, a seguinte: “em que consiste, neste caso, o perigo de verificação deste resultado?”. No seu entendimento a primeira dúvida que este caso evidencia é a de saber qual o momento relevante para decidir se o comportamento do condutor do automóvel foi o cuidadoso para evitar a realização do tipo. É que, como acrescenta, entre o momento inicial e o momento do acidente medeiam uma série de momentos de perigo, podendo acontecer que o que num desses momentos fosse o comportamento adequado já não o fosse num momento subsequente⁴⁰. Voltando ao exemplo anterior, “um desviar do carro para a esquerda, no caso de ser de cerca de 50 metros a distância para o ciclista, pode ser ainda um meio adequado para evitar o choque, mas já ser completamente inoportuno na hipótese de a distância ser apenas de 10 metros,

³⁶ ENGISCH (1930), 297, serve-se aqui do exemplo da criança que está no meio da rua em risco de ser atropelada, devendo a mãe intervir para evitar que isso aconteça.

³⁷ ENGISCH (1930), 297.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ ENGISCH (1930), 298.

⁴⁰ *Ibidem*.

pois nesse momento talvez devesse o condutor esperar que o ciclista, por si, se desviasse para o outro lado da estrada”⁴¹. ENGISCH responde à pergunta de saber qual o momento relevante para determinar se o cuidado foi o adequado afirmando que, em princípio, todos os momentos serão relevantes⁴². Retomando o exemplo dado, relevante será não apenas saber se no último momento o agente se comportou correctamente, mas também se ele não poderia já fazer, num momento anterior, algo capaz de evitar a realização do tipo⁴³. Quanto à fundamentação desta resposta ela assenta, para ENGISCH, na circunstância de que “a obrigação de ser cuidadoso em situações de perigo existe durante todo o tempo em que essa situação de perigo, que é variável, se mantém”⁴⁴. Reconhece, porém, que a necessária limitação de uma assim tão lata responsabilidade assente na falta de cuidado tem de ser corrigida com a determinação, até agora ainda não considerada, do dever de cuidado⁴⁵.

Decidido que determinado momento é momento de perigo, de forma que o autor tem de tomar um determinado comportamento para evitar o resultado, afirma ENGISCH que surgem então as questões de saber em que consiste a especial situação de perigo, que circunstâncias devem ser consideradas para determinar a sua existência e, conseqüentemente, para averiguar se o comportamento do agente foi o “cuidadoso”. Ou seja, “interessam só aquelas circunstâncias que, para o agente (o condutor), eram reconhecíveis naquele lugar ou também aquelas que nesse lugar seriam reconhecíveis pelo homem mais inteligente, e mais sábio, ou aquelas que nesse momento eram reconhecíveis ou

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² ENGISCH (1930), 299.

⁴³ Considera ENGISCH (1930), 299-300, a hipótese de não podendo o agente fazer nada no último momento, poder antes ter travado ou ter-se desviado por outro caminho. Dá ainda o exemplo do condutor que, não podendo fazer nada no momento do acidente, por se ter deixado dormir, poderia antes ter parado quando começou a sentir sono.

⁴⁴ ENGISCH (1930), 300.

⁴⁵ Com efeito, retomando o exemplo dado, pode assim concluir-se que o automobilista ainda não necessitaria de parar o carro quando vê aproximar-se o ciclista, mesmo que o parar o carro fosse idóneo à evitação do resultado. Porém, deve partir-se da consideração de que só existe a obrigação num momento posterior, quando, por exemplo, o ciclista pareceu não se ir afastar (ENGISCH (1930), 299-300).

ainda aquelas que só seriam reconhecíveis *ex post*?”⁴⁶.

Da consideração de que o conceito de cuidado é um conceito de valor (no sentido antes referido), extrai ENGISCH a conclusão de que só pode ser considerado o que *no momento do facto* e *no lugar do agente* seria reconhecível *pelo homem “mais inteligente”*. É que, como afirma, não só “o cuidado só se pode basear naquilo que num determinado momento é calculável e não em circunstâncias que escapam a qualquer observação humana”⁴⁷, como também “sendo certo que a cognoscibilidade para o autor pode obter significado para a avaliação final do seu comportamento, já não deve ser considerada no momento de determinar o cuidado objectivo exigível”⁴⁸. Além disso, uma vez que um homem inteligente pode chegar a conclusões diversas conforme se encontre no lugar do agente ou num outro lugar, considera ENGISCH que, nesta questão, determinante é o ponto de vista do autor, uma vez que é o que deveria fazer um homem *no seu lugar* que deve ser determinado.

Identificados os critérios para determinar a situação de perigo, esclarece depois ENGISCH, agora no que se refere à concretização do conteúdo da conduta cuidadosa, que o autor tem de colocar no mundo exterior as condições que, segundo as regras da experiência, parecem capazes de, com alguma probabilidade, evitar a realização do tipo⁴⁹.

1.2.3.2.2. A existência do dever de realizar a conduta cuidadosa

Determinado o que, em cada circunstância, é a conduta capaz de evitar a realização do tipo, haverá ainda que decidir se o agente está *obrigado* à sua adopção. A este propósito ENGISCH esclarece que tal obrigação pode não existir, quer por ser excluída devido à existência de deveres e interesses com ela

⁴⁶ ENGISCH (1930), 299.

⁴⁷ ENGISCH (1930), 301.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ ENGISCH (1930), 303-304, apresenta alguns exemplos.

conflitantes que, no caso, devam prevalecer⁵⁰, quer por, independentemente de considerações dessa natureza, nem todo o comportamento que se revela o mais eficaz para a evitação do tipo ser, só por isso, o devido⁵¹, uma vez que haverá que, a propósito de cada situação, decidir aquilo que razoavelmente se pode exigir ao agente, tendo em conta quer o valor da evitação do resultado (ou seja, a importância do que se pretende evitar), quer a aptidão relativa dos meios para a sua evitação e as exigências, em termos de tempo, paciência e esforço, que a sua adopção exige ao agente⁵².

1.2.3.3. O cuidado como cumprimento do dever jurídico de atenção

O que foi dito anteriormente aplica-se, segundo ENGISCH, aos crimes de resultado⁵³. Já nos crimes formais entende o autor que o cuidado consiste na não realização do comportamento proibido. Esclarece, porém, que “o comportamento corporal também se deixa pensar como resultado de um determinado processo psíquico (...), podendo acontecer que do caminho do pensamento até à execução seja indispensável aplicar o cuidado”⁵⁴. Esse cuidado, que surge igualmente nos crimes negligentes de resultado, pode ser designado, como o próprio refere, como “dever jurídico de atenção” (*Rechtsbeachtungspflicht*), como faz ENGELMANN, como “dever de verificação prévia” (*Vorprüfungspflicht*), como

⁵⁰ ENGISCH (1930), 304, dá o exemplo, hoje tratado ao nível do conflito de deveres, do condutor que não pára para socorrer uns transeuntes que estão à beira do passeio e em risco de sofrerem uma lesão insignificante, porque tal o impediria de cumprir um outro dever cuja prossecução é mais importante. Ainda o exemplo do cirurgião que, numa situação de guerra, não diligencia no sentido do tratamento de pequenas lesões, para que os outros feridos não cheguem demasiado tarde à mesa de operações.

⁵¹ ENGISCH (1930), 304, exemplifica a afirmação com o caso do telhador que, ao efectuar uma reparação no telhado de um edifício, está obrigado a colocar uma placa que alerte os transeuntes para a situação de perigo, mas já não tem a obrigação, apesar de até poder ser mais eficaz, de colocar um aprendiz a alertar pessoalmente cada um dos transeuntes.

⁵² ENGISCH (1930), 304.

⁵³ Cf. *Supra* Parte I, Cap. I, 1.2.3.1. e Cap. I, 1.2.3.2.

⁵⁴ ENGISCH (1930), 306.

faz BINDING, ou também como “dever de averiguação ou de informação” (*Ermittlungspflicht, Informationspflicht, Erkundigungspflicht*)⁵⁵.

Ainda segundo ENGISCH este dever de cuidado tem sempre o mesmo objectivo: permitir ao agente representar que está prestes a realizar ilicitamente o tipo. Seja através da representação das *circunstâncias exteriores que o rodeiam* e que, associadas ao seu comportamento, tornam este idóneo ao preenchimento do tipo, seja através da *informação sobre o carácter do seu próprio comportamento*, especialmente sobre a sua perigosidade ou a sua falta de aptidão para evitar a ofensa ameaçada ou, finalmente, sobre se existem regras jurídicas que proíbem ou prescrevem o que ele deve fazer ou deve omitir⁵⁶. Trata-se, assim, de um dever *instrumental* relativamente ao dever de agir ou omitir para evitar a realização do tipo.

Reconhecendo, embora, que este “dever jurídico de atenção, de prova eliminatória, de averiguação ou de informação”, apela fundamentalmente ao cuidado interno⁵⁷, alerta, porém, que seria demasiado restrito pensar que este dever seria exclusivamente *dever de esforço intelectual*, pois, como demonstra, ele implica muitas vezes um comportamento exterior cuidadoso⁵⁸. Daí que

⁵⁵ ENGISCH (1930), 307-308.

⁵⁶ ENGISCH (1930), 308.

⁵⁷ ENGISCH (1930), 308-309, esclarece a propósito que a atenção tem de ser aplicada para atingir a percepção e a representação. E exemplifica: “o condutor ou o caçador têm de se certificar se estão homens na estrada ou em redor; o médico numa operação ao coração deve examinar o coração antes da operação e deve, no decurso desta, antecipar como deve cortar e ter atenção para que nenhuma compressa fique debaixo da ferida; a testemunha tem de ouvir atentamente o que o juiz perguntou antes de responder. Também a capacidade de memória deve ser esforçada (pense-se no exemplo da testemunha no tribunal), a experiência deve ser utilizada e ponderações devem ser feitas. O que tem uma profissão perigosa tem de previamente adquirir o conhecimento necessário para poder aplicar as medidas de atenção (o médico tem de manter-se ao corrente sobre o desenvolvimento da sua ciência, o condutor de locomotiva tem de estudar as prescrições sobre sinais). Cada um tem de familiarizar-se com as prescrições adoptadas no campo da sua actividade (o professor deve conhecer as normas sobre os limites do direito ao castigo físico; durante limitações à economia privada o empresário deve informar-se sobre se existem prescrições de confisco e quais os bens livres do mesmo)”.

⁵⁸ ENGISCH (1930), 309, apresenta os seguintes exemplos “a testemunha deve esclarecer que não entendeu o que o juiz lhe perguntou, o condutor deve limpar o vidro embaciado

ENGISCH conclua, citando ENGELMANN, que este dever “pode invocar todos os tipos de deveres de conduta (...), não apenas deveres de comportamentos internos: a reflexão, o esforço de memória, de avaliação, atenção, força de vontade, mas também deveres de uma conduta exterior: deveres de exploração do estado das coisas, de decisão, de certificação de circunstâncias e de normas jurídicas, seja através da sua própria actividade, seja através da actividade de outras pessoas, como juristas ou autoridades”⁵⁹. Trata-se, assim, como também esclarece, de um dever de agir positivo que consiste mais num dever de adquirir conhecimento do que num dever de representar em função do que se conhece⁶⁰.

Por outro lado ainda, também a propósito do dever jurídico de atenção, ENGISCH faz notar que haverá que distinguir entre a questão da sua determinação fáctica e a questão de saber como é que ele se determina do ponto de vista normativo⁶¹. Do ponto de vista fáctico há, segundo afirma, que determinar as circunstâncias que formam a base desse dever, partindo, para o efeito, da situação concreta nos seus diversos estádios. Nessa medida haverá, em primeiro lugar, que apurar as circunstâncias da situação que seriam reconhecíveis pelo mais inteligente dos homens no lugar do agente⁶². Seguidamente, depois de apurar as circunstâncias que formam a base desse dever, haverá então que determinar o modo como ele deve ser cumprido. A este propósito, depois de advertir que não é possível enumerar os meios que em cada caso concreto poderão ser os mais indicados, ENGISCH evidencia que mais uma vez haverá que tomar essa decisão por recurso ao mesmo critério do homem mais inteligente na posição do agente⁶³.

para poder ver correctamente, o professor, o médico e o industrial devem obter as prescrições actuais da sua área para poderem estar ao corrente do progresso científico ou das alterações às normas jurídicas”.

⁵⁹ ENGISCH (1930), 310.

⁶⁰ ENGISCH (1930), 312-313.

⁶¹ ENGISCH (1930), 312.

⁶² ENGISCH (1930), 313. Para ilustrar a afirmação este autor (1930), 314, apresenta como exemplo de uma situação em que uma dada circunstância não seria reconhecível mesmo para o homem mais sagaz – e, consequentemente, em que será de negar a cognoscibilidade – o caso de ter sido colocado por crianças a atravessar a estrada um fio invisível que só seria reconhecível prestando uma atenção apuradíssima na direcção do local onde se encontrava esse fio e não, simplesmente, olhando em frente.

⁶³ ENGISCH (1930), 314.

Passando, em seguida, à questão normativa de saber quando é que o agente está obrigado a exercer esse dever jurídico de atenção, ENGISCH começa por afirmar que uma vez que esse dever surge ligado à finalidade de evitar a realização do facto típico, é no quadro jurídico determinado por essa finalidade que o dever há-de ser encontrado. Assim e desde logo, só quando exista o dever de evitar a realização do tipo é que pode surgir, a ele associado, o dever jurídico de atenção⁶⁴. Desta dependência do dever jurídico de atenção relativamente ao dever de evitar a realização do tipo resulta ainda, segundo este autor, que só quando está próxima a obrigação de aplicar medidas de cuidado para evitar a realização do tipo é que surge o dever de obter o conhecimento necessário (dever jurídico de atenção) à aplicação dessas medidas⁶⁵. Ainda do ponto de vista normativo, refere ENGISCH, por último, aquelas limitações a este dever que resultam de ele só poder valer no quadro do que pode ser razoavelmente exigido⁶⁶. Contra este dever jurídico de atenção objectou-se, já na altura, que tal implicaria uma obrigação de estar sempre atento antes de qualquer acção, o que paralisaria todo e qualquer agir. A esta objecção ENGISCH respondeu, como vimos, invocando que o dever jurídico de atenção só surgirá quando estiver no horizonte a realização do facto típico negligentemente punível. Para uma parte da doutrina esta resposta não foi, contudo, suficiente para afastar a objecção, uma vez que as pessoas estariam sempre a ser confrontadas com possibilidades de pôr em perigo ou lesar bens jurídicos e dirigir a atenção a todas elas seria impossível. Mais uma vez

⁶⁴ ENGISCH (1930), 316-317.

⁶⁵ ENGISCH (1930), 318-319, onde o autor ilustra a afirmação com os seguintes exemplos: nem o estudante de medicina, nem alguém que mais tarde pretende tirar a carta de condução, nem a jovem mulher que está noiva e mais tarde pretende ter um filho, estão obrigados, *nessa altura*, a familiarizar-se com os comandos do actuar cuidadoso de um médico, de um condutor ou de uma mãe. Já quando, mais tarde, essas pessoas forem efectivamente médicos, condutores ou mães, têm a obrigação, nessas qualidades, de evitar condutas lesivas e, por isso, simultaneamente o dever de alcançar o conhecimento necessário para esse efeito. Estes exemplos evidenciam que para ENGISCH a censura própria da negligência não está, nestes casos, no facto de o agente não ter adquirido o conhecimento, mas no facto de ter actuado sem esse conhecimento.

⁶⁶ Como refere (1930), 323, haverá que, mais uma vez e a propósito de cada situação, decidir aquilo que razoavelmente se pode exigir ao agente, tendo em conta quer o valor da evitação do resultado, quer a adequação do comportamento para esse fim, quer o valor dos sacrifícios que esse comportamento lhe exige.

ENGISCH afasta esta crítica, contrapondo que as pessoas passam horas a realizar diversas actividades sem que nunca se apresente a obrigação de evitar a realização de um tipo. E, mesmo naquelas situações em que se gera a expectativa de que a pessoa dirija a sua atenção para a lesão de bens jurídicos, tal gera, ainda assim, bastante menos sobrecarga do que parece⁶⁷.

1.2.4. A violação do dever de cuidado como elemento típico e não mero problema de culpa. O cuidado no âmbito da teoria das normas.

Da caracterização das três formas de cuidado, nos termos antes descritos, conclui ENGISCH que “cuidado é o que alguém está obrigado a aplicar como meio para evitar a ameaça de realização do tipo nas diferentes situações concretas”⁶⁸. Daqui retira este autor que o seu conteúdo, em cada caso, se obtém “em parte através de relações finais e em parte através das considerações normativas”⁶⁹. Ou seja, a falta de cuidado que conduz à produção de um resultado – o resultado típico a evitar – tem em cada caso e em primeiro lugar “uma relação interna material”⁷⁰ com esse resultado e, assim, com as particulares formas de realização do tipo⁷¹. Por outro lado e em segundo lugar, o conteúdo do dever de cuidado tem também uma ligação com a ordem jurídica, uma vez que “a cada tipo legal (...) corresponde uma norma; ou seja, um imperativo de não preencher esse tipo legal”⁷².

A este propósito ENGISCH esclarece ainda que a norma dirigida a evitar a realização do tipo é idêntica à norma que ordena a aplicação dos meios idóneos

⁶⁷ ENGISCH (1930), 321-322, dá, a este propósito, o exemplo do condutor de um automóvel que terá a obrigação de estar atento de forma a evitar acidentes, mas que para além dessa não lhe são exigidas outras obrigações.

⁶⁸ ENGISCH (1930), 327.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ ENGISCH (1930), 331.

⁷² ENGISCH (1930), 335. O autor aceita assim a posição de BINDING (1919), 505, sobre a ligação do dever de cuidado com a norma, mas com a nota de que “embora as reflexões de BINDING visem apenas uma forma de dever de cuidado, nomeadamente o dever de verificação prévia, várias vezes mencionado, nós podemos aproveitar-nos delas, porque elas são válidas em geral, uma vez que só se está disposto a reconhecer as normas correspondentes aos tipos legais” (ENGISCH (1930) 333-334).

para tal, ou seja, é idêntica à norma que obriga a ser cuidadoso em todas as suas formas⁷³. Mais rigorosamente: para ENGISCH a norma de cuidado, que tem como conteúdo a imposição da adopção do meio adequado a evitar a realização do tipo, e a norma que proíbe a realização do tipo, que tem como conteúdo proibir a realização do tipo, são idênticas. Assim, numa frase: o dever de evitar a realização do tipo tem o mesmo conteúdo que o dever de aplicar o cuidado necessário para evitar a realização do tipo⁷⁴.

Por sua vez, a norma que proíbe a realização do tipo retira-se da ameaça da pena. Como evidencia este autor, “a ameaça de pena é [...] a forma mais clara que se pode pensar de evidenciar que não se deve ter um certo comportamento”⁷⁵.

Esclarece depois ENGISCH que as ligações apresentadas sofrem ainda uma certa modificação através da relação da ameaça penal com a exigência de realização culposa (dolosa ou negligente) do tipo. Assim, nos crimes dolosos, na medida em que só é punida a realização dolosa do tipo, da cominação da pena só pode extrair-se a norma de que a realização do tipo só deve ser evitada quando dela se sabe, mas já não a obrigação de evitar também a realização do tipo quando não se representa sequer essa realização, nem tão pouco a obrigação de adquirir o saber correspondente a essa representação (dever jurídico de atenção). Já, pelo contrário, da ameaça penal contra facto negligente, entende ENGISCH que se podem retirar estas duas obrigações, uma vez que o tipo negligente existe também para afirmar que o não conhecimento da realização do tipo não desculpa

⁷³ ENGISCH (1930), 336.

⁷⁴ ENGISCH (1930), 336-337, onde o autor apresenta o seguinte exemplo: “a norma que proíbe matar, que se retira do tipo que prevê e pune o homicídio, não significa mais do que a obrigação de omitir as actuações que possam conduzir ao homicídio ou o dever de aplicar o meio que possa evitar a morte”.

⁷⁵ Alerta, porém, ENGISCH (1930), 335-336, para o facto de que seria errado “identificar a norma que proíbe a realização do tipo (que ordena o comportamento) com a lei penal (que impõe a obrigação de punir no pressuposto da realização do tipo), porque a última (a lei penal) contém além daquela norma ainda o estabelecimento de uma pena para o caso de preenchimento do tipo legal”.

necessariamente⁷⁶.

Partindo destas observações acerca da relação do cuidado com as particulares formas de realização do tipo e com a ordem jurídica, dá ENGISCH um passo importante na evolução da doutrina da negligência, que deixa de ser encarada como uma mera forma de culpa e passa também a ser encarada como um problema de tipo. É que, na medida em que o legislador penaliza a violação da norma (antecipada intelectualmente) através da configuração de tipos, todos os elementos constitutivos dessa violação, tal como a perigosidade da acção, são necessariamente elementos da (des)conformidade ao tipo (tipicidade). Deste modo cria ENGISCH as bases para o enquadramento sistemático no tipo da inobservância do cuidado exigível (próprio da negligência, segundo este autor). É que, nas palavras do próprio ENGISCH, “uma vez que esta inobservância consiste na prática de acções perigosas ou na omissão de acções exteriores comandadas para evitar a ameaça de realização do tipo, não é de admirar (...) que a proponhamos como elemento do tipo”⁷⁷.

Particularmente a propósito do dever jurídico de atenção, ENGISCH acrescenta ainda que não pode surpreender a proposta que faz no sentido de considerar também a sua violação como um elemento do tipo. Às perguntas, que o próprio formula, sobre se não constituirá o dever jurídico de atenção uma parte do conceito de negligência a tratar autonomamente, ou se não será recomendável separá-lo das demais formas de cuidado e tratá-lo em sede de culpa, responde – não deixando, embora, de reconhecer, que a resposta não se afigurará fácil – negativamente⁷⁸. Nesse sentido, alega, em primeiro lugar, que no dever jurídico de atenção se incluem deveres de comportamento exterior e deveres de comportamento interior, sendo indiscutivelmente de considerar que, por um lado,

⁷⁶ ENGISCH (1930), 338-339, onde o autor sublinha ainda que o dever jurídico de atenção não existe com carácter geral, mas está dependente quer da concreta configuração do tipo quer de outras normas que auxiliam na sua concretização.

⁷⁷ ENGISCH (1930), 334-335, onde o autor esclarece que também reconhece “como a doutrina claramente dominante, no risco permitido um fundamento da exclusão do ilícito, um elemento negativo tipo”.

⁷⁸ ENGISCH (1930), 344-345.

os primeiros fazem parte do lado objectivo do facto, ou seja, do dever de aplicar medidas externas de cuidado na situação de perigo e, por outro, que os próprios deveres de comportamento interior se interligam de tal forma com aqueles que seria um erro separá-los⁷⁹. Acresce, ainda no seu entendimento e em segundo lugar, que a cognoscibilidade própria da negligência se deve relacionar em cada caso com as circunstâncias que fundamentam o cuidado comandado. Tal como o autor tem de poder saber que age perigosamente ou que omite as medidas de cuidado adequadas para evitar a realização do tipo, também tem de poder reconhecer as medidas de atenção jurídicas que no caso concreto têm lugar. Ora, afirma então, aquelas circunstâncias que são objecto da cognoscibilidade incluem-se entre os elementos do tipo legal⁸⁰.

1.2.5. Síntese conclusiva

Em forma de conclusão do até aqui afirmado acerca da caracterização positiva da negligência afirma ENGISCH que a especificidade do poder/dever de evitar a actuação negligente está no poder/dever de agir cuidadosamente (evitar através do cuidado). Explicitando que cuidadoso é o “comportamento voluntário (acção ou omissão) interno ou externo que é o meio capaz para evitar a realização do tipo em causa no caso concreto, com a limitação, porém, de que a fronteira do cuidado se obtém através da ideia de dever: cuidado é o cuidado conforme ao dever”⁸¹. Em suma, o conteúdo do dever de cuidado é determinado, segundo ENGISCH, em dois momentos: por um lado pela demonstração dos comportamentos que são capazes de evitar uma determinada forma de realizar o tipo; por outro, pela determinação do que, do ponto de vista da ordem jurídica, é exigível para tal fim, sendo ainda certo que, em cada um desses momentos, quer a capacidade quer a exigibilidade se determinam em função das concretas circunstâncias do caso particular⁸².

⁷⁹ ENGISCH (1930), 345.

⁸⁰ ENGISCH (1930), 345-346.

⁸¹ ENGISCH (1930), 347.

⁸² *Ibidem*.

Do anteriormente afirmado decorre ainda, segundo ENGISCH, que, se, por um lado, o dever de cuidado é “formal”, pois não se deixa analisar antecipadamente em formas de comportamento individualizadas através de uma descrição fixa, por outro lado, não é nem “uniforme”, uma vez que precisamente o seu carácter formal lhe assegura a ligação com as particulares formas de realização do tipo, nem “autónomo”, porquanto resulta imediatamente da penalização das diferentes formas de comportamento que a lei distingue e, com isso, tem o seu fundamento em cada uma das particulares normas que correspondem aos tipos legais⁸³.

Finalmente, conclui ENGISCH que a falta de observância do cuidado exigível nas diferentes formas de adequação é também elemento do tipo de ilícito nos factos dolosos, uma vez que estes também podem ser realizados através da adopção de uma actuação perigosa ou através da não aplicação do meio exterior capaz de evitar a realização do resultado em situações perigosas. Nesse sentido também o agente doloso omite o cuidado exigível. Já o dever jurídico de atenção, uma das formas do dever de cuidado, é, para este autor, específico da negligência, uma vez que através da inobservância deste dever se pratica um ilícito evitável que não é pensável na forma dolosa⁸⁴.

1.3. A delimitação do dever de cuidado pelas capacidades e relações pessoais do obrigado

A propósito da questão de saber em que medida é que as capacidades e relações pessoais do obrigado influenciam ou contribuem para a delimitação do dever de cuidado, ENGISCH começa por afirmar que, “pelo menos em parte”, BINDING tem razão quando afirma que o conteúdo do dever se determina pelo conteúdo do poder⁸⁵. Assim, *quanto à evitabilidade*, ENGISCH considera, como

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ ENGISCH (1930), 348.

⁸⁵ ENGISCH (1930), 351-352, onde se sublinha que BINDING designa esta exigência com conteúdo pessoal como sendo ainda uma exigência “objectiva”, mas apenas no sentido de que a obrigação de evitar o ilícito segundo as capacidades pessoais não é julgada pelo autor mas sim pela ordem jurídica ou com base na ordem jurídica. Ou seja, a ordem

BINDING, que as capacidades e relações pessoais do obrigado influenciam a delimitação do dever de cuidado. Já *quanto à cognoscibilidade* entende, ao contrário de BINDING, que ao nível do tipo de ilícito ela se determina, em regra, objectivamente, quer dizer, sem consideração por essas capacidades e relações pessoais do agente, que apenas serão, nesta matéria, relevantes em sede de culpa. Vejamos melhor.

1.3.1. Quanto à evitabilidade

Uma vez que em ENGISCH o facto negligente se caracteriza pela evitabilidade do ilícito se dever à falta de cuidado conforme ao dever, constituindo o “cuidado” a aplicação dos meios apropriados para evitar a realização do tipo proibida pela lei, o que seja, nesse sentido, cuidadoso, dependerá sempre, conclui então, da totalidade das circunstâncias do caso particular, entre as quais se contam também e necessariamente as qualidades e relações pessoais⁸⁶ do agente^{87 88}.

jurídica diz “tu deves evitar actuar ilicitamente na medida em que tu podes segundo a minha [da ordem jurídica] concepção (acerca do que tu podes) ”.

⁸⁶ Para ENGISCH (1930), 352, o dever de cuidado depende não apenas das qualidades pessoais, mas também de outras relações pessoais do autor que dizem respeito ao poder. Apresenta, a propósito, o exemplo do agulheiro que teria de mudar os carris e que não o faz porque foi assaltado e amarrado por ladrões. O autor resolve esta hipótese afirmando que embora frequentemente se considere, e com razão, que o próprio conceito de omissão pressupõe a possibilidade de agir, a verdade é que também a existência de uma omissão relevante penalmente pressupõe conceptualmente a existência de um dever jurídico, que evidentemente não existe quando o seu cumprimento se revela impossível para o autor.

⁸⁷ O que seja meio apropriado para evitar o resultado ilícito, acrescenta, não se pode determinar antecipadamente e uma vez por todas, mas só *a posteriori*, caso a caso” (ENGISCH (1930), 352).

⁸⁸ ENGISCH (1930), 354-355, exemplifica depois isto mesmo a propósito de cada uma das três formas de cuidado que distingue. Começa pelo cuidado como omissão de acções perigosas para referir que “sobre a perigosidade de uma acção decide um juízo de adequação objectivo em sentido lato. As condições dadas ao tempo da prática do facto devem ser colocadas como fundamento da apreciação que nesse momento, vistas as coisas da posição do autor, eram reconhecíveis para o homem mais conhecedor. A estas condições pode pertencer também uma especial incapacidade do autor. Eu penso aqui especialmente nos casos em que uma acção se torna perigosa por ser empreendida com falta dos instrumentos sensoriais ou com falta de conhecimentos especiais. A viagem de automóvel por parte de um deficiente auditivo ou curto de vistas é perigosa

ENGISCH faz assim depender a determinação do conteúdo e do momento normativo de verificação do dever de cuidado e, consequentemente⁸⁹, o próprio juízo de ilicitude do facto⁹⁰, das capacidades individuais do autor, considerando,

para a saúde e vida dos outros e por isso, em princípio, de omitir. O empreendimento de uma operação difícil através de um curandeiro é tudo menos cuidadoso, porque isso é perigoso para a vida, justamente tendo em consideração a sua pessoal falta de conhecimento na matéria”. Passando depois ao cuidado como obrigação de agir positivo em situação perigosa, apresenta o seguinte exemplo: “uma mãe surda-muda não pode proteger o seu filho de perigos que o ameaçam, chamando-o; para ela são de considerar outros meios para esse fim. Um médico da aldeia que foi chamado a socorrer não pode, por falta de meios, empreender uma operação grave ao apêndice; daí resulta que para ele o dever de cuidado é o de enviar o doente tão rapidamente quanto possível para um hospital na cidade. Já ao cirurgião do hospital de cidade, nós faríamos a censura da falta de cuidado quando ele não avançasse imediatamente para a operação”. Por último, refere-se ao cuidado como dever jurídico de atenção, para acentuar que também este “é relativo ao poder pessoal do obrigado. Especialmente na medida em que se exige trabalho de conhecimento sensorial e espiritual com o objectivo de alcançar certos conhecimentos, configura-se o dever segundo faculdades e capacidades do autor. Tal como um pedido de informação, em certas circunstâncias, não pode ser considerado como meio apropriado para o cumprimento do dever jurídico de atenção, porque o sítio em que se pediu o conselho não é reconhecidamente capaz de dar a informação correcta, tem a qualidade de meio de uma certa acção interior que se orientar consoante esta seja apropriada para evitar a realização do tipo, tendo em consideração os pressupostos dados na pessoa do autor. Para um cego são de considerar outros meios de percepção do que para uma pessoa com poder de visão normal. Se uma testemunha no Tribunal prestou uma falsa declaração, então não basta a referência a uma insuficiente reflexão para afirmar também a falta de cuidado; é preciso em vez disso comprovar se o saber correcto pode ser produzido por via da reflexão, especialmente se pode corrigir-se deste modo uma falta de lembrança, tendo em conta a memória e as especiais capacidades da testemunha, se era de esperar alcançar desta forma o conhecimento exigido”. Em conclusão, pois, considera ainda o autor que “os exemplos dados não permitem levantar quaisquer reparos: o idoso ou o incapaz, para se comportarem segundo o dever, tem de omitir muita coisa que o saudável ou o capacitado podem fazer”.

⁸⁹ Nesse sentido afirma, por exemplo, que “os meios que são de considerar para cumprir o dever de cuidado são essencialmente determinados também pelas qualidades pessoais do autor” (ENGISCH (1930), 354-355). Ou, mais à frente, (444) que “quando alguém não é capaz de evitar a realização do tipo de certo modo, não pode esse modo de evitar ser visto como dever”.

⁹⁰ ENGISCH (1930), 450-451, sintetiza da seguinte forma o seu sistema do crime: “Portanto, está demonstrada a correcção daqueles que atribuem um lugar especial à característica da exigibilidade no sistema penal e em especial a separaram não só dos elementos do ilícito típico, como também das características do dolo e da negligência [...]. Se se ambiciona uma terminologia clara, poder-se-ia considerar, de um lado, como elementos do tipo, os pressupostos positivos, e, do outro, como elementos negativos da ilicitude, as causas de justificação; como elementos da culpa em sentido restrito os pressupostos positivos são o dolo e a negligência e como elementos negativos do juízo

com razão, que “saber até onde vai o momento normativo no dever de cuidado consiste inteiramente numa consideração de ilicitude”⁹¹.

ENGISCH distingue ainda entre as condições tidas em conta para o juízo de evitabilidade (ou de adequação) e a formulação desse próprio juízo, para evidenciar que só em relação às primeiras é que se tem em conta, logo ao nível da determinação do dever, as qualidades individuais do autor, uma vez que, quanto ao próprio juízo de adequação, ele é objectivo. Quer dizer: dentro das condições tidas em conta para se fazer o juízo de adequação estão as capacidades pessoais do agente, mas o juízo de adequação ele próprio já é feito por um

de culpa ou de desculpa a inexigibilidade. Assim, como ilicitude em sentido restrito poderia designar-se a inexistência de causas de justificação, como exigibilidade a inexistência de causas de desculpa, e então pode definir-se o crime como comportamento típico, ilícito, culposos, exigível de um imputável, para o qual existem as condições objectivas de punibilidade”. Especificamente a propósito do conceito de inexigibilidade e da distinção entre ilicitude e culpa acrescenta ainda ENGISCH, mais à frente (446-447): “Há que ter presente que o conceito de inexigibilidade como é aqui entendido significa apenas que o comportamento do agente nos parece, por motivos especiais, compreensível e por isso não merecedor de pena. Este ponto de vista a partir do qual deve haver exclusão da pena é, porém, completamente diferente daquele que deve decidir sobre a ilicitude (o não ser devido do comportamento) e da sua exclusão. Com razão afirma GOLDSCHMIDT que ‘o fundamento da não punição por inexigibilidade tem a sua base no motivo subjectivamente prevalecente e aprovado, enquanto a exclusão da ilicitude, em última análise, tem o seu fundamento no interesse objectivamente prevalecente e autorizado’. Precisamente por isso a inexigibilidade deixa intocada a existência do dever jurídico, bem como a ilicitude material de um comportamento contrário ao dever”. E, ainda sobre a mesma questão, reafirma mais à frente (476-477): “Ao mesmo tempo abre-se a possibilidade de reconduzir a difícil distinção entre ilícito e culpa a uma base material. O juízo da ilicitude respeita ao comportamento da vontade, tanto o comportamento externo como interno, e valora-o tomando como critério os tipos legais e as causas de exclusão da ilicitude (sob o ponto de vista da ponderação dos interesses). O juízo de censura ocupa-se com o fenómeno da motivação: com a averiguação do conhecimento, da cognoscibilidade, etc. Apura-se se e em que medida o facto ilícito tem a sua explicação na falta de interesse em evitar a realização do tipo; com a acentuação da exigibilidade esclarece-se que a ofensa do direito também não assenta num motivo subjectivamente predominante e aprovado, que portanto a relação entre as tendências que impelem ao crime e as resistências existentes fundamenta a censura. A inexigibilidade revela-se deste modo como o conceito que abrange os casos em cujo âmbito, tendo em vista a compreensibilidade da motivação, não se pode falar de uma falta de interesse em evitar a ofensa do direito. Assim, a divisão dos elementos do crime que de início só foi efectuada segundo pontos de vista formais, recebe agora o seu sentido mais profundo, através da sua referência significativa à ideia específica do ilícito por um lado e da culpa por outro”.

⁹¹ ENGISCH (1930), 449.

homem sabedor na posição do autor que considere essas circunstâncias⁹².

ENGISCH enfrenta ainda a questão de saber se o dever de cuidado também se ajusta às especiais qualidades do autor no caso de capacidades superiores. A propósito do exemplo de alguém que, por acaso, é confrontado com a necessidade de socorrer um ferido vítima de um acidente, e que domina um especial processo de tratamento, pergunta o autor: “deve o agente, quando o seu processo de tratamento se mostrar mais eficaz, aplicá-lo, tendo em consideração que domina esse processo, ou o seu cuidado não vai além da aplicação dos métodos em geral utilizados?”. ENGISCH responde à sua própria pergunta afirmando que se trata de “uma questão valorativa que *a priori* não pode nem ser afirmada nem negada”, acrescentando, logo a seguir, que se a resposta for afirmativa, o conteúdo do dever de cuidado dependerá também aqui das capacidades pessoais do autor⁹³.

1.3.2. Quanto à cognoscibilidade

Já quanto à cognoscibilidade considera ENGISCH, como dissemos *supra*, que ao nível do tipo de ilícito ela se determina, em regra, sem consideração pelas capacidades e relações pessoais do agente. Embora reconheça que a possibilidade de evitar, através da aplicação do cuidado devido, pressupõe a possibilidade de conhecer, considera ENGISCH que não pode fazer depender a existência desse dever da possibilidade de conhecer do agente em concreto⁹⁴. O autor ilustra a afirmação a partir do seguinte exemplo apresentado por EXNER, como sendo um caso típico de falta de possibilidade individual de conhecimento: “um empregado fecha o fogão antes de tempo, causando assim um envenenamento por óxido de carbono; ao agir não lhe ocorre o resultado porque desconhece a possibilidade da saída do gás, uma vez que nunca ouviu falar de um envenenamento através de óxido de carbono”⁹⁵. Para EXNER não existe, nesta hipótese, o dever de prevenir

⁹² ENGISCH (1930), 352.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ ENGISCH (1930), 356-357.

⁹⁵ ENGISCH (1930), 357-358, nota 28.

o perigo através da obrigação de fechar o fogão, pois cada um só é obrigado na medida do seu saber⁹⁶. ENGISCH refuta esta conclusão, argumentando que “a admissão daquela dependência do dever de cuidado da cognoscibilidade individual contradiz as construções do direito positivo: conhecimento e cognoscibilidade relacionam-se com as razões de facto do dever de cuidado pressuposto como existente com o fim de evitar uma determinada realização do tipo; eles (conhecimento e cognoscibilidade) têm de ter como conteúdo os fundamentos de facto deste dever para que uma *imputação* do seu não cumprimento tenha lugar, mas eles não fundamentam este dever”⁹⁷.

Segundo ENGISCH a norma proíbe genericamente em função do conhecimento do mais sábio, o que não quer dizer que um juízo de censura possa formular-se em todos os casos de não cumprimento do dever que dela decorre. Assim, no exemplo de EXNER, conclui ENGISCH que o criado que não conhece nem podia individualmente conhecer as circunstâncias que pertencem ao tipo legal (no caso, a aptidão daquele meio para matar) não deixou de praticar um facto ilícito (de violar o dever) embora não possa ser por isso censurado. Desta regra ENGISCH volta a excepcionar apenas os casos de conhecimentos superiores, em que já admite “fundamentar o ilícito subjectivamente”⁹⁸, fazendo “depender o dever de agir de uma concreta cognoscibilidade ou conhecimento” quando o autor em concreto tenha o conhecimento do mais sábio⁹⁹.

⁹⁶ ENGISCH (1930), 358.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ ENGISCH (1930), 359.

⁹⁹ O exemplo apresentado por ENGISCH (1930), 359-360, nota 33, para ilustrar esta problemática foi objecto de uma decisão do *Reichsgericht*. Trabalhadores de uma pedreira de calcário que estavam ocupados na limpeza do barro que estava em cima da pedreira foram soterrados pela queda da parede de barro. Eles limpavam o barro de forma contrária aos preceitos sobre prevenção de acidentes. A questão que se colocou foi a de saber se o responsável máximo dos trabalhadores actuou negligentemente, uma vez que não actuou de modo a garantir a observância dos preceitos sobre prevenção de acidente. Aquele responsável invocou que o seu dever de cuidado não poderia ir tão longe ao ponto de ter de estar atento e fazer pressão para que fossem cumpridos integralmente e em toda a pedreira aqueles preceitos, uma vez que para isso estavam lá os seus encarregados especiais. Ele, porém, em múltiplas visitas ao local de trabalho, teve a percepção da inadequação do modo como se estava a processar a limpeza e nada

1.4. A cognoscibilidade como (único) elemento realmente específico da negligência

Considera ENGISCH que com a ideia de inobservância do dever de cuidado não se chegou ainda ao cerne do conceito de negligência, que só se alcança completamente com o conceito de cognoscibilidade (no caso da negligência inconsciente) ou de conhecimento (no caso da negligência consciente) da possibilidade de realização do tipo¹⁰⁰. Como vimos *supra*, para a determinação do que seja o cuidado *objectivamente* exigível ENGISCH sustenta que se deve tomar por base a cognoscibilidade da realização do tipo por parte do “homem mais sábio”. Entende, porém, que para atribuir ao agente o *juízo de censura* próprio da negligência não é suficiente o não cumprimento de um dever de cuidado assim determinado, sendo ainda necessário que ele próprio, em função das suas próprias capacidades e relações individuais (critério subjectivo) ou pelo menos de acordo com os padrões exigidos para a sua profissão, estado ou classe (critério objectivo), seja capaz de prever a possibilidade de realização do tipo, compreender o ilícito que lhe está subjacente e reconhecer as medidas correctas para o evitar¹⁰¹. Quer dizer, a censura própria da negligência, além da demonstração da inobservância do cuidado objectivo exigível determinado através da cognoscibilidade para um homem sábio, depende ainda e

fez para corrigir a situação. O *Reichsgericht* afirmou: “o dever do responsável máximo por uma obra de fiscalizar pessoalmente os trabalhadores e de vigiar os trabalhos mede-se pela possibilidade que resulta das circunstâncias de perceber as contravenções que poderiam conduzir a um acidente; mas, como no caso presente se provou que o responsável máximo percebeu efectivamente tais contravenções às regras de segurança e teve consciência do perigo daí resultante, decorre então para ele o dever de afastar esse perigo, ao menos transmitindo as indicações necessárias aos directamente envolvidos. O arguido omitiu este comportamento e com isso violou o dever de cuidado exigido pela jurisprudência”.

¹⁰⁰ Quanto ao objecto da cognoscibilidade ENGISCH (1930), 373 ss, afirma ainda que ele tem de abranger, para além dos elementos objectivos do tipo legal de crime, a não verificação dos pressupostos das causas de exclusão da responsabilidade (em caso de representação errada da sua verificação) e a própria ilicitude do comportamento.

¹⁰¹ ENGISCH (1930), 365.

decisivamente de uma cognoscibilidade orientada pessoalmente¹⁰².

1.4.1. A base e o critério da cognoscibilidade (na culpa)

Assente que para afirmar o juízo de censura próprio da negligência não é suficiente comprovar que o agente não observou o cuidado objectivo exigido, mas que é ainda necessário demonstrar que ele era capaz de reconhecer a possibilidade de realização do tipo (ou seja, que a realização do tipo era individualmente cognoscível), falta ainda decidir de que base é que se parte para afirmar essa cognoscibilidade. A este propósito ENGISCH começa por afirmar que há que partir do conceito de *possibilidade*¹⁰³, esclarecendo que para este efeito importa o conceito de “possibilidade real”¹⁰⁴; quer dizer, que de acordo com a experiência e os conhecimentos disponíveis é sabido que um facto, em determinadas circunstâncias, conduzirá algumas vezes a um certo resultado¹⁰⁵.

A questão decisiva, a que ENGISCH procura então responder, é precisamente a de saber com *base em que circunstâncias* é que se avalia a possibilidade de alcançar o conhecimento (quer dizer, a cognoscibilidade). A este propósito começa por negar que a pergunta possa formular-se a partir de todas as concretas circunstâncias do caso, incluindo aí as específicas capacidades e conhecimentos do autor, o seu maior ou menor interesse na verificação do resultado ou o grau de atenção ou cuidado que colocou na sua actuação, sob pena de (incluindo na base

¹⁰²ENGISCH evidencia ainda que na negligência a cognoscibilidade pode ser alcançada ou através da aplicação do dever jurídico de atenção (terceira forma de cuidado) ou sem consideração ou dependência deste dever. Num dos seus exemplos: para poder saber que atirar pedras é perigoso não é necessário qualquer particular dever jurídico de atenção. No caso, porém, da cognoscibilidade depender da observância do dever jurídico de atenção, sustenta ENGISCH que para avaliar a necessidade do actuar desse dever se tem em conta, no juízo de ilicitude, o homem mais sábio e, no juízo de censura pressuposto pela culpa, o agente em concreto (ENGISCH (1930), 369-370).

¹⁰³ENGISCH (1930), 412-414.

¹⁰⁴Que ENGISCH vai buscar a ERDMANN (1923), 480 ss.

¹⁰⁵ENGISCH (1930), 413, dá o seguinte exemplo: “é sabido que um tiro disparado sobre alguém que está a uma distância de 100 metros pode matar essa pessoa. A afirmação da possibilidade da morte depende apenas da demonstração de que, naquelas circunstâncias, a experiência demonstra que ela (a morte) não pode ser nem afirmada como consequência necessária do tiro nem, à partida, excluída”.

da pergunta o próprio descuido) se chegar sempre a uma resposta negativa¹⁰⁶. Avalia depois a ideia, dominante ao seu tempo, de que a pergunta deveria formular-se tendo por base as circunstâncias que seriam dadas ao agente se ele tivesse adoptado o cuidado devido, para concluir que este modo de formular a questão é insuficiente, uma vez que não fornece, e será isso o determinante, o critério do que seja devido¹⁰⁷. Conclui, por isso, que a determinação da base da cognoscibilidade deve fazer-se partindo das circunstâncias do caso concreto, abstraindo da atenção ou do cuidado quer real quer devido ou de qualquer outro impulso do autor¹⁰⁸.

É em torno desta questão acerca do modo como se escolhem as circunstâncias que constroem a base da avaliação da possibilidade de alcançar o conhecimento que surge a discussão, que diz ser “na verdade o problema mais tratado da teoria da negligência”¹⁰⁹, entre as teorias subjectivas e objectivas. ENGISCH envolve-se nesta discussão, começando, antes de apreciar criticamente os argumentos a favor e contra cada uma dessas teorias, por apresentar os resultados a que chegam¹¹⁰.

Começando pela teoria subjectiva¹¹¹, a que acaba por aderir, ENGISCH enuncia então as circunstâncias segundo as quais, com base nessa teoria, se

¹⁰⁶ ENGISCH (1930), 413.

¹⁰⁷ Nas suas próprias palavras (1930), 417-418: “A constatação da cognoscibilidade, com fundamento nas circunstâncias do caso (abstraindo da atenção efectiva), precede a constatação do significado do cuidado devido ou da sua falta de observação”.

¹⁰⁸ ENGISCH (1930), 418.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ Note-se que é acerca desta questão – a da base do juízo de cognoscibilidade – que ENGISCH fala pela primeira vez nas teorias objectiva e subjectiva. Mas há que ter em atenção, por um lado, que os objectivistas não tomavam como base da avaliação da culpa certos elementos referentes ao sujeito concreto e, por outro, que os subjectivistas defendiam que se devia ter em conta esses elementos ao nível da culpa. Actualmente, quando surge esta discussão, apenas está em causa saber se esses elementos são tidos em conta ao nível já da ilicitude ou só ao nível da culpa. Os argumentos contra a utilização de certos elementos do sujeito na análise da negligência ao nível da culpa, que ENGISCH critica, são utilizados actualmente para não usar esses elementos ao nível da ilicitude.

¹¹¹ ENGISCH (1930), 418, começa por expor a teoria subjectiva pois considera que, em relação a ela, a teoria objectiva se comporta apenas negativamente (restritivamente).

afirma ou se exclui o juízo de cognoscibilidade, advertindo embora que se trata de uma enumeração incompleta¹¹². Em primeiro lugar considera ENGISCH que a demonstração da cognoscibilidade depende das “circunstâncias exteriores do caso”. Deve, a este propósito, verificar-se se, tendo em conta as circunstâncias, a possibilidade de representação do perigo (os indícios do perigo) não estava excluída mesmo para o mais sábio dos homens na posição do autor¹¹³. Em segundo lugar devem considerar-se os órgãos sensoriais do agente em relação àquelas circunstâncias que dependem desses órgãos sensoriais¹¹⁴. Em terceiro lugar devem considerar-se os conhecimentos pessoais do agente. Com alguns dos exemplos de ENGISCH: “quem não conhece o gás com óxido de carbono não pode prever que fechar o fogão antes do tempo pode conduzir a envenenamentos”; da mesma forma “quando jovens fazem subir um papagaio sem saber que o toque do fio do papagaio no fio eléctrico é perigoso, não podem prever que a sua brincadeira pode pôr em perigo a sua vida ou a de terceiros”¹¹⁵. ENGISCH evidencia, porém, a este propósito, que nem sempre será necessário ter conhecimentos físicos ou outros científicos especiais para poder chegar ao conhecimento. Continuando com o último dos exemplos apresentado “quem leu no quadro de aviso que tocar no fio de alta tensão é perigoso para a vida, pode, enquanto pessoa esclarecida, chegar por reflexão à conclusão de que também

¹¹² ENGISCH (1930), 424-425, explicita ainda que os critérios enunciados podem, evidentemente, encontrar aplicação conjugada, e esclarece que foi com base na experiência, por um lado, e na psicologia como ciência, por outro, que foi possível chegar ao complexo das circunstâncias que são relevantes (em geral e no caso concreto) enquanto factores da cognoscibilidade.

¹¹³ ENGISCH (1930), 419-420, apresenta a propósito o seguinte exemplo: “num túnel deu-se um acidente com um comboio, não sendo possível dar a um segundo comboio que se aproximava o sinal de que ali estava o primeiro acidentado. O condutor da locomotiva do segundo comboio choca com o primeiro e dá-se um segundo acidente”. Nesta situação deve afastar-se a cognoscibilidade, se mesmo ao mais sábio dos homens na posição do condutor do segundo comboio não fosse possível, perante as circunstâncias externas que se apresentavam, perceber qualquer indício de perigo.

¹¹⁴ No exemplo do autor (1930), 420, um cego não pode conhecer o que só através da visão é cognoscível. Acrescenta, porém, que a resposta à questão de saber se, nestas hipóteses, a falta de cuidado pode ser encontrada na circunstância de ter deixado chegar as coisas a esse ponto deve ser dada noutro lugar. Está, evidentemente, a pensar no problema que hoje se designa por “negligência na aceitação”.

¹¹⁵ ENGISCH (1930), 420-421.

ligações feitas a partir do solo com fios condutores são perigosas”¹¹⁶. Em quarto lugar refere ENGISCH a capacidade de juízo. Segundo afirma pode acontecer que alguém, na posse de um conhecimento abstracto ou baseado na experiência que lhe permitisse chegar à perigosidade da conduta, não o tenha conseguido por falta de capacidade de juízo apropriado¹¹⁷. Em quinto lugar ENGISCH refere-se a outras qualificações intelectuais a ter em conta, tais como a memória, a capacidade de concentração, a capacidade de combinação de informação, a rapidez de pensamento, etc.¹¹⁸ Em sexto lugar refere-se ainda ao tempo de que o agente dispõe para reconhecer a situação e decidir e ao estado geral em que se encontra o agente. A propósito do factor tempo, o autor evidencia que ele pode condicionar decisivamente a possibilidade de representar a situação de perigo e de ponderar o comportamento correcto, dando como exemplo muitas das decisões que têm de ser tomadas no âmbito da circulação rodoviária¹¹⁹. Refere ainda que também os estados de cansaço ou de excitação podem diminuir ou mesmo anular a capacidade de representar¹²⁰. Por último, refere-se ENGISCH ao factor “confiança justificada”. Ou seja, para a falta de cognoscibilidade pode ser relevante a confiança justificadamente depositada na informação fornecida por quem supostamente tem autoridade para o efeito ou que por qualquer outra forma se apresenta como correcta¹²¹.

Depois de expor, nas suas linhas essenciais, a teoria subjectiva, ENGISCH passa a descrever a teoria objectiva¹²². A este propósito começa por reafirmar

¹¹⁶ ENGISCH (1930), 421.

¹¹⁷ ENGISCH (1930), 421-422, apresenta a propósito o exemplo de uma empregada que colocou uma vela a arder em cima do armário do quarto de dormir das crianças que estavam com medo. Por causa da vela o armário acabou por arder sem formar chama e as crianças morreram intoxicadas pelo fumo.

¹¹⁸ ENGISCH (1930), 422.

¹¹⁹ O autor acrescenta ainda (1930), 422-423, que não deve ser esquecido que “a sensação de falta de tempo [...] tem muitas vezes como consequência uma emoção, a qual duplica ou triplica o risco do efeito danoso [...] sobre o comportamento de quem é forçado a agir”.

¹²⁰ ENGISCH (1930), 423, cita a este propósito exemplos extraídos da jurisprudência alemã onde isso mesmo já foi admitido.

¹²¹ ENGISCH (1930), 424.

¹²² ENGISCH (1930), 426-429.

que, em relação à teoria subjectiva, a mesma funciona, como já vimos, restritivamente; quer dizer, explicitando quais daquelas circunstâncias identificadas *supra* não devem ser consideradas para efeitos de formulação do juízo de cognoscibilidade. Pegando na formulação de VON BAR e MANNHEIM, que considera a mais clara, ENGISCH evidencia que, das circunstâncias referidas pela teoria subjectiva, a teoria objectiva aceita que devam ser tomadas em consideração, para a avaliação da cognoscibilidade, as circunstâncias exteriores, os órgãos sensoriais do agente em relação àquelas circunstâncias que dependem desses órgãos sensoriais, o tempo de que o agente dispõe para reconhecer o perigo e decidir e o estado geral em que se encontra o agente (circunstâncias *supra* referidas a propósito da teoria subjectiva em primeiro, segundo e sexto lugar), mas, pelo contrário, entende que devem ser rejeitados os conhecimentos e a experiência do autor, a sua capacidade de juízo ou as suas outras capacidades intelectuais (circunstâncias *supra* referidas em terceiro, quarto e quinto lugar). Em relação a estas MANNHEIM entende que apenas devem ser consideradas quando a sua falta é, em geral, característica do estatuto do agente (do seu estatuto ou do círculo pessoal do dever a que pertence o autor)¹²³. Dito de outra forma, estas características são consideradas “mas não segundo a medida da sua existência no agente em concreto, mas na medida da sua existência num homem médio do estatuto ou da profissão do autor”¹²⁴.

Depois de expor as teorias objectiva e subjectiva, ENGISCH passa à avaliação crítica dos argumentos que depõem a favor e contra cada uma delas¹²⁵. Claro defensor da teoria subjectiva, começa por afirmar que só a base pressuposta por ela para a formulação do juízo de cognoscibilidade é compatível com a ideia de culpa, pelo que só ela evita a punição da simples culpa (por falta) de entendimento (*Vertstandesschuld*)¹²⁶. Passa, depois, à defesa da teoria

¹²³ Note-se que ENGISCH, ao referir-se à “sua falta”, considera aqui apenas a hipótese da verificação no agente, a este nível, de capacidades ou conhecimentos *inferiores* aos do homem médio (ENGISCH (1930), 428).

¹²⁴ ENGISCH (1930), 428.

¹²⁵ ENGISCH (1930), 429-440.

¹²⁶ ENGISCH (1930), 429.

subjectiva, através da refutação das diferentes objecções que lhe têm sido apontadas pelos defensores das teorias objectivas e que reúne em três grupos: (1) objecções derivadas de princípios; (2) objecções derivadas de pontos de vista prático; e (3) objecções derivadas da sua aplicação no processo penal.

Quanto às objecções que derivam de princípios, ENGISCH refere, em primeiro lugar, o argumento de que a aplicação do critério subjectivo implicaria sempre uma resposta negativa à pergunta sobre a cognoscibilidade. Como já vimos antes, ENGISCH rebate este argumento evidenciando que ele parte de um entendimento errado da teoria subjectiva, uma vez que não é verdade que para a mesma a pergunta acerca da cognoscibilidade deva ser formulada a partir de todas as concretas circunstâncias do caso, incluindo aí o grau de atenção ou cuidado concretamente colocado pelo agente na sua actuação¹²⁷. Aborda, em segundo lugar, o argumento de KOHLRAUSCH, segundo o qual se o autor não pensou no resultado faltará sempre uma ligação subjectiva ao mesmo que é característica de toda a “culpa autêntica”¹²⁸, pelo que a pena da negligência não será nunca, nestas hipóteses, uma pena de culpa mas uma pena de lembrança, que procurará estimular a uma maior atenção em casos futuros. ENGISCH rebate este argumento evidenciando que, mesmo a aceitar como boas as premissas de KOHLRAUSCH, elas quando muito conduziriam à conclusão de que a teoria subjectiva não é *obrigatória*, mas já não permitem a conclusão de que a sua aplicação é logicamente incompatível com aqueles pressupostos, ou sequer a conclusão de que, partindo desses pressupostos, a teoria objectiva é preferível¹²⁹. Finalmente, considera ENGISCH o argumento, apresentado por autores como LIEPMANN ou HOLD v. FERNECK, de que a teoria subjectiva contraria a igualdade de aplicação e a natureza geral das normas jurídicas¹³⁰. Contra um tal entendimento argumenta, em primeiro lugar, que a cognoscibilidade individual é

¹²⁷ ENGISCH (1930), 429-430.

¹²⁸ ENGISCH (1930), 430.

¹²⁹ ENGISCH (1930), 430, onde se acrescenta ainda que mesmo a perspectivar-se a pena da negligência como pena de lembrança, o critério subjectivo será mais adequado a proporcionar à pena o estímulo educativo que ele deve assumir.

¹³⁰ ENGISCH (1930), 430-433.

perfeitamente compatível quer com o princípio da igualdade quer com a existência de normas gerais. Com o princípio da igualdade porque permite precisamente tratar cada um em função das suas circunstâncias¹³¹. Com a existência de normas e critérios gerais porque não deve confundir-se a natureza geral do critério com a diferença das circunstâncias que estão na base da sua aplicação – e que podem, naturalmente, ser diferentes – e é disso que agora se está a tratar¹³². Argumenta ainda, em segundo lugar, que o que agora está em causa não é a questão de saber se a norma foi violada, mas a de saber se essa violação é culposa. Ora, a este nível, sacrificar a individualização à natureza geral do direito conduziria a negar a culpa e a uma responsabilidade objectiva pelo resultado (*Erfolgshaftung*)¹³³.

Quanto às objecções que derivam de pontos de vista práticos aponta-se, em primeiro lugar, que “o direito só pode alcançar o seu fim, exercer uma protecção intensiva dos bens jurídicos, quando educa a individualidade, quando não a deixa valer como aquilo que ela é mas tem em vista aquilo que ela devia ser. Qualquer outro ponto de partida instalaria o privilégio da compreensão lenta e da preguiça de pensar, premiaria a falta de inteligência, prejudicando, pelo contrário, a

¹³¹ Como acentuou EXNER, em resposta a LIEPMANN (ENGISCH (1930), 432).

¹³² ENGISCH (1930), 432, onde se refere, nesse sentido, a crítica de KRIEGSMANN a HOLD.

¹³³ ENGISCH (1930), 432. Por outro lado, tal demonstra da melhor forma, ainda segundo ENGISCH, o “salto mortal” de HOLD v. FERNECK, que da teoria da coacção psicológica (a única função possível da pena é motivar pela coacção) retira a necessidade da presunção da previsão (de que o sujeito previu o que era previsível): “O motivo contrário à ameaça de um mal precisa por assim dizer de um ponto de conexão na psique do destinatário e este ponto de conexão não pode consistir por natureza se não na representação que acompanha o comportamento do autor: a representação do resultado faz a ponte entre o facto proibido e a pena” (*apud* ENGISCH (1930), 432). Porém, neste ponto, entende ENGISCH (433) que KOHLRAUCH teve inteira razão ao afirmar que: “a previsibilidade nunca pode substituir a falta de previsão, precisamente quando se vê na previsão a essência da culpa. Mas ainda menos a pode substituir a previsibilidade geral e não o pode precisamente para a teoria psicológica da culpa, como demonstra abundantemente a história dogmática. Uma pessoa pergunta portanto em vão porque HOLD deduz a previsão como única forma teoricamente concebível da culpa quando depois imediatamente volta a sacrificar a previsão sem rodeios à natureza geral do direito. Ou responsabilidade pela culpa e individualização ou responsabilidade pelo resultado e generalização; não existe um meio-termo”.

inteligência”¹³⁴. Acrescenta-se, ainda, que também a prevenção geral se ressentiria de um tal critério, na medida em que cada um esperaria poder invocar a seu favor que não lhe pode ser assacada a responsabilidade pela sua falta de inteligência¹³⁵. ENGISCH rebate todas estas objecções, afirmando, no essencial, que nenhuma delas pode fugir à crítica de que, ainda que se admita que o direito tem por função educar a individualidade, só pode fazê-lo por intermédio da pena na medida em que a mesma seja “oportuna e sentida pelo delinquente como impulso justo para que no futuro preste mais atenção, evitando a realização do tipo”¹³⁶. Especificamente quanto ao argumento de que através da teoria subjectiva se perde o efeito de prevenção geral, ENGISCH expressa a sua discordância alegando que não será assim se o critério for correctamente aplicado¹³⁷.

ENGISCH rebate, finalmente, as objecções, formuladas principalmente por MANNHEIM, relacionadas com a aplicação no processo do critério subjectivo¹³⁸. MANNHEIM procurou demonstrar a impossibilidade lógica de avaliar a cognoscibilidade tomando por critério o próprio agente, argumentando da seguinte forma: de acordo com a teoria subjectiva seriam as capacidades do próprio agente que dariam o critério para definir o que ele poderia conhecer. Ora, no seu entendimento, um quadro completo dessas capacidades só poderia basear-se em todas as actuações conhecidas do agente, incluindo aquela que está em avaliação. Mas, argumenta MANNHEIM, não é possível que um facto seja critério de si mesmo. Ao mesmo tempo, não é possível, sob pena de arbitrariedade injustificada, abstrair desse facto como indício da cognoscibilidade. Além disso, acrescenta, não é possível avaliar a inteligência de alguém a partir dos seus

¹³⁴ ENGISCH (1930), 433.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ ENGISCH (1930), 434, onde se acrescenta ainda, quanto aos alegados privilégios da compreensão lenta, da preguiça de pensar ou da falta de inteligência, que se trata de desvantagens pessoais cuja consideração pelo direito não inquieta nenhuma pessoa inteligente. Ainda no âmbito desta questão, refere-se também ENGISCH às hipóteses hoje denominadas como de negligência na aceitação (para mais desenvolvimentos, ENGISCH (1930), 435-436).

¹³⁷ ENGISCH (1930), 436.

¹³⁸ ENGISCH (1930), 436-439.

comportamentos¹³⁹. Em resposta a MANNHEIM, ENGISCH começa por reconhecer que é seguramente mais difícil averiguar as capacidades intelectuais do que físicas de uma pessoa. Argumenta, porém, que não existe nenhuma impossibilidade lógica de avaliar a cognoscibilidade em função de um critério que parta do próprio agente. Nesse sentido evidencia, recuperando um argumento de HIRSCHBERG, que será “igualmente impossível fixar claramente o tipo normal ou sequer determiná-lo mesmo que só aproximadamente no caso particular”¹⁴⁰. ENGISCH considera, aliás, que essas dificuldades seriam ainda, nesse caso, maiores¹⁴¹. Conclui, a final, que não pode deixar de reconhecer-se que todos os dias nós avaliamos, tendo em conta o que conhecemos dos comportamentos anteriores das pessoas, se as mesmas são ou não capazes de julgar, têm ou não boa memória, são ou não experientes em certo sector, etc.¹⁴². Ora, no seu entendimento, “a avaliação das concretas capacidades e conhecimentos de um homem por aqueles que o conhecem e através da intervenção do juiz sempre é mais fácil do que a verificação do que um membro capaz do mesmo círculo profissional teria sabido”¹⁴³.

Tudo ponderado, conclui ENGISCH que a demonstração de que são improcedentes todas as objecções apontadas à teoria subjectiva “atinge mortalmente” a teoria objectiva¹⁴⁴. Até porque, como acrescenta, a construção de grupos é possível até chegar aos conhecimentos e capacidades individuais do autor, e a limitação dessa construção segundo a profissão e formação é arbitrária. ENGISCH invoca aqui o argumento de LEONARD: “se se começa a construir grupos, isso tem de ser feito segundo todas as qualidades, na medida em que sejam relevantes e surjam em mais do que um homem. É totalmente arbitrário quando se quer admitir só grupos determinados. Chega-se assim desta forma à concepção subjectiva ao ter a necessidade de tomar em consideração todas as

¹³⁹ ENGISCH (1930), 436

¹⁴⁰ ENGISCH (1930), 437

¹⁴¹ Cf., para mais desenvolvimentos, ENGISCH (1930), 437-438.

¹⁴² ENGISCH (1930), 438-439.

¹⁴³ ENGISCH (1930), 439.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

qualidades da pessoa”¹⁴⁵.

Conclui, então, que para além da insustentabilidade da teoria objectiva, pelas razões que acabámos de ver, decisivo para optar pela teoria subjectiva são, em suma, dois tipos de considerações: primeiro, que é inaceitável afirmar a violação do dever de cuidado “quando as capacidades intelectuais do autor não podem produzir o que há-de conhecer”; segundo, que “só a teoria subjectiva faz jus à ideia da culpa formal”¹⁴⁶.

¹⁴⁵ *Apud* ENGISCH (1930), 439.

¹⁴⁶ Esta última afirmação é desenvolvida por ENGISCH (1930), 439-440) nos seguintes termos: “Só a teoria subjectiva faz jus à ideia de culpa. Isto significa desde logo: só no caso de se tomar por base a teoria subjectiva existe culpa formal, pois só nesse caso estamos inclinados, com as concepções ético-sociais dominantes, a proferir uma censura contra o autor. Um reconhecimento imediato disso está contido no esforço de MANNHEIM de chegar a um resultado aceitável no caso particularmente flagrante da mulher supersticiosa de um pastor que, a conselho de algumas mulheres da aldeia, empurrou o seu filho raquítico para o forno quente e assim o matou. Se a superstição da mulher não está geralmente difundida, deve absolver-se por falta de imputabilidade. Esta decisão, à falta de melhor, só prova que MANNHEIM não consegue libertar-se das valorações geralmente em vigor”. ENGISCH coloca ainda a si próprio a questão de saber se a teoria subjectiva pode demonstrar que, ao contrário da teoria objectiva, consegue satisfazer um princípio material de culpa que, quando se pretenda ligado a um conceito de culpa do sentimento (*Gefühlsschuld*), só pode significar segundo este autor a inexistência de uma preocupação de não praticar o ilícito, a inexistência de um certo temor em realizá-lo que nenhum bom cidadão pode deixar de ter. Nessa preocupação consiste o “acento sentimental” (*Gefühlsbetonung*) da representação da ofensa do direito; ele significa, segundo ENGISCH, um estar preocupado (mais do que atento) ora consciente ou inconscientemente com os perigos da possível ofensa ao direito. A este propósito ENGISCH evidencia que esta preocupação com outros, cuja falta se reprova na negligência, é em certa medida análoga ao instinto de autoconservação. Para o evidenciar o autor apresenta o seguinte exemplo: quando um grupo compacto de pessoas que volta para casa de um evento se separa perante a aproximação de um carro, este agir cuidadoso da multidão não é o resultado da decisão da vontade, de uma prestação da vontade, este cuidado para consigo próprio é obra de um instinto de autoconservação que automaticamente faz perceber os perigos e com isso ocasiona as correspondentes acções de cuidado (olhar para o carro, ir para o lado etc.). Ora, da mesma forma, também o cidadão que está preocupado em evitar as ofensas ao dever torna consciente, perante a situação perigosa, a realização do tipo ameaçado e aplica o cuidado devido. Conclui, então, que “só no sentido de uma tal preocupação quereremos entender o interesse cuja falta reprovamos ao autor negligente e só neste sentido se poderá manter que a culpa do sentimento (*Gefühlsschuld*) também se pode demonstrar na negligência inconsciente como falta do interesse em evitar a realização do tipo e a ofensa do dever uma falta que conduziu a que o autor não reconheceu o que para si era cognoscível”(475). É então precisamente nesta falta de interesse que encontram a sua

Diferente da questão da *base* (quer dizer da determinação do conjunto de circunstâncias de que se parte) para determinar a cognoscibilidade, questão de que temos vindo a tratar, é a do *critério* em função do qual se decide dessa cognoscibilidade.

Como evidencia ENGISCH, a questão da determinação das circunstâncias de que se parte precede logicamente a do critério em função do qual se efectua o juízo de cognoscibilidade. Ora, segundo este autor, enquanto as circunstâncias que vão constituir a base da avaliação da possibilidade de conhecimento são determinadas, ao nível da culpa, segundo um critério subjectivo, como acabámos de ver, já o critério para avaliar o que, em função dessas circunstâncias, era cognoscível, é, mesmo ao nível da culpa, determinado objectivamente em função da experiência média¹⁴⁷.

explicação os casos de não representação da realização do tipo que era individualmente cognoscível e que não podemos reconduzir a falta de cuidado no sentido de um comportamento da vontade (368 e ss). Nesses casos, onde a evidência dos factos não conduz à representação do perigo, poderá a negligência reconduzir-se à falta de preocupação do autor em evitar ofensas do dever. Em vista do que se acaba de dizer, somos forçados a concluir que só uma teoria subjectiva está em consonância com o conceito material de culpa de ENGISCH que, como acabámos de ver, assenta na ideia de que só haverá culpa no caso de demonstrada falta de preocupação em cumprir o dever, não podendo afirmar-se a sua existência no caso de falha de capacidades pessoais do agente pois, nesse caso, não se poderá falar numa falta de preocupação. Acresce que, ao definir culpa material como falta de interesse ou de preocupação com os bens jurídicos ou com o cumprimento do dever, ENGISCH considera que, não só se adequa o princípio da culpa às concepções ético-sociais, assim operando uma coincidência entre culpa formal e material, como se abre ainda a possibilidade de reconduzir a uma base material a distinção entre ilícito e culpa. O juízo da ilicitude respeita ao comportamento da vontade, tanto o comportamento externo como interno, e valora-o tomando como critério os tipos legais e as causas de exclusão da ilicitude (sob o ponto de vista da ponderação dos interesses). O juízo de censura ocupa-se com o fenómeno da motivação: com a averiguação do conhecimento, da cognoscibilidade, etc., e apura em que medida o facto ilícito tem a sua explicação na falta de interesse em evitar a realização do tipo. Finalmente, com a acentuação da exigibilidade esclarece-se que a ofensa do dever também não assenta num “motivo subjectivamente predominante e aprovado”, que portanto “a relação entre as tendências que impelem o crime e as resistências existentes” fundamentam a censura. A inexigibilidade, para ENGISCH, revela-se deste modo como o conceito que abrange os casos em que, tendo em vista a compreensibilidade da motivação, não se pode falar de uma falta de interesse em evitar a ofensa do dever (477).

¹⁴⁷ ENGISCH (1930), 417-418.

1.5. Apreciação crítica de ENGISCH

O tratamento por ENGISCH do dever na negligência é marcado pelo seu ponto de partida, que é o de saber se a negligência se pode definir como violação do dever de cuidado. Ora, mesmo que a definição do crime negligente deva incluir a referência à violação do dever de cuidado, nem por isso ele se pode definir pura e simplesmente por essa violação. ENGISCH chega, sem dúvida, a esta conclusão, e até defende que das três formas de violação do dever de cuidado que distingue só a última, a violação do dever jurídico de atenção, é específica da negligência, por oposição ao dolo. Nos crimes negligentes de resultado a violação do dever jurídico de atenção é “instrumental” relativamente ao comportamento que realiza o resultado típico. Tanto basta para ser incorrecto definir o cuidado como a omissão de acções perigosas ou a acção exterior em situações de perigo, implicando com isso que a violação do cuidado é a própria acção (ou omissão) proibida. Esta última definição não abrange precisamente o dever de cuidado específico da negligência inconsciente. E, mesmo nos crimes formais, ao contrário do que entende ENGISCH, importa distinguir conceptualmente entre violação do dever de cuidado e comportamento que preenche o tipo. Com efeito, nem a circunstância de a violação do dever jurídico de atenção poder ser simultânea ao comportamento que realiza o tipo justifica que não se faça a distinção entre essa violação e o comportamento típico. Essa distinção permite, ainda, evitar a crítica que será, como veremos, feita por autores como JAKOBS e ROXIN, de que a caracterização da negligência através da violação do dever de cuidado implica a transformação de todos os crimes de resultado negligentes em crimes por omissão.

Os argumentos de ENGISCH sobre a limitação do dever pelo poder agir individual permitem a este autor introduzir no tipo de ilícito elementos subjectivos. Assim, por exemplo, o cego e em geral o incapacitado sensorialmente não podem evitar resultados evitáveis para uma pessoa sem deficiência sensorial nas mesmas circunstâncias, pelo que também não devem evitá-los. Do mesmo modo o médico de aldeia não deve, ao contrário do

cirurgião, avançar imediatamente para uma operação ao apêndice. ENGISCH antecipa assim soluções dogmáticas ao nível do tipo de ilícito que seriam propostas mais tarde por autores finalistas a partir de ARMIN KAUFMANN. Mas, apesar de reconhecer que a cognoscibilidade é uma condição necessária da evitabilidade, não considera a incognoscibilidade individual como relevante ao nível da ilicitude, mas só ao nível da culpa. Para ENGISCH a cognoscibilidade que é relevante ao nível da ilicitude é a do homem mais sábio; ou seja, a que corresponde ao estado actual do conhecimento científico da causalidade. Porém, não é coerente limitar a evitabilidade pelo poder individual e não limitar do mesmo modo a cognoscibilidade. ENGISCH reconhece que no caso de conhecimentos individuais superiores, quando o agente conheça no caso tanto como o mais sábio, a cognoscibilidade individual é já relevante ao nível da ilicitude. Mas, pela mesma razão – delimitação do dever pelo poder – devia considerar as capacidades intelectuais inferiores como relevantes ao mesmo nível. O critério da cognoscibilidade para o mais sábio delimita decerto o que o direito pode, em abstracto, proibir, mas naturalmente aos que estão na posição do mais sábio. Mas pela mesma razão, o direito também é limitado no que pode proibir em concreto aos que são menos sábios pelas capacidades individuais destes últimos.

Quando trata da cognoscibilidade ao nível da culpa ENGISCH observa que a base do juízo de cognoscibilidade é constituída pelas características individuais do agente e circunstâncias concretas, mas que o critério desse juízo é a experiência comum. A terminologia não será, porventura, a mais indicada, uma vez que é mais natural fazer corresponder o critério à sua base, ou seja, às circunstâncias de que depende positiva ou negativamente o juízo de cognoscibilidade. A distinção relevante será antes entre a definição da base, por um lado, e a verificação da existência da realidade dessa base, por outro. Ora, posto que são as capacidades e outras circunstâncias individuais que são critério ou base do juízo de cognoscibilidade, a definição desse critério ou base, isto é, a definição de quais as capacidades e circunstâncias individuais que são relevantes para decidir do poder individual de conhecer o perigo de realização do facto

típico, deve ser feita em função do estado actual do conhecimento científico e, nomeadamente, da psicologia e da neurociência¹⁴⁸. Do mesmo modo, a questão da verificação na realidade das circunstâncias individuais, assim definidas, é uma questão empírica que se responde com base na prova, que depende novamente dos conhecimentos científicos. A referência de ENGISCH à experiência média (*durchschnittliche Erfahrung*), sendo suficiente para afastar a ideia de que é o juízo do próprio que decide sobre os limites do seu poder, não é suficientemente esclarecedora daqueles vários aspectos do conhecimento empírico.

ENGISCH reconhece que as emoções, nomeadamente a excitação e o medo causados por perigo iminente, podem diminuir e até paralisar a capacidade cognitiva, afectando e até impedindo a cognoscibilidade. Cita para o efeito casos do *Reichsgericht* que excluía por isso a exigibilidade e a culpa, com que está de acordo. A concordância de ENGISCH com esta jurisprudência resulta, porém, de não admitir a relevância da cognoscibilidade individual já ao nível do tipo de ilícito, excepto, como vimos, no caso de capacidades superiores¹⁴⁹.

2. A ligação subjectiva do agente ao facto nos crimes negligentes segundo a doutrina finalista e pós-finalista

2.1. A posição inicial de WELZEL

Já no seu estudo sobre “Naturalismo e Filosofia do Valor no Direito Penal”, de 1935, WELZEL acentuou que uma satisfatória concepção de acção não podia basear-se num “conceito positivista cegamente mecânico de acção”; isto é, “sem consideração da específica determinação da vontade baseada na representação

¹⁴⁸ Esta crítica também vale para a mesma distinção efectuada por ENGISCH ao nível da ilicitude.

¹⁴⁹ O que se acaba de dizer não esgota a apreciação crítica que faremos de ENGISCH, que será retomada mais à frente em dois momentos; quando (*infra*, Parte I. I. 2.5), por um lado, abordarmos a posição final do autor sobre a matéria da negligência, expressa no seu estudo, de 1960 (ENGISCH, 1960) e, por outro lado, quando (*infra*, Parte I.IV.1.1.) procurarmos fazer a reconstrução racional da cognoscibilidade individual como elemento específico da negligência inconsciente.

objectiva (no sentido de verdadeira)”¹⁵⁰. Esta “possibilidade de sobredeterminação final do acontecer causal”¹⁵¹, que WELZEL descreve com base nas obras de NIKOLAI HARTMANN sobre a *Ética*¹⁵² e *O Problema do Ser Espiritual*¹⁵³, encontra-a WELZEL não só no dolo mas também na negligência. Reconhece WELZEL que a acção negligente consciente se caracteriza especialmente por, a par da previsão, no modo da possibilidade e não da certeza, do resultado que mais tarde se verificou, existir a errada admissão de um curso causal diferente, pelo que a vontade se tornou causal, não estando determinada e portanto sobredeterminada finalmente por aquela previsão correcta, mas estando determinada pela crença errada em outro curso causal. Não obstante, porque o resultado era em concreto evitável finalisticamente através da regulação do comportamento voluntário e, assim, estava sujeito ao domínio da vontade, o curso causal não evitado pertence-lhe como acção sua, bem como o resultado verificado como obra da sua vontade¹⁵⁴. As coisas apresentam a mesma estrutura na negligência inconsciente, só que aqui no estágio anterior, ou seja, no momento em que uma situação de facto ôntica se apresenta conscientemente à vontade como fundamento ideal para orientar o seu comportamento futuro para possibilidades determinadas¹⁵⁵.

Certo é que, em 1935, WELZEL entendia poder separar claramente a questão da capacidade de agir da questão da capacidade de culpa. Escreve então: “Poderá haver várias possibilidades de intervenção finalística, mas em qualquer caso há sempre duas possibilidades em aberto do ponto de vista finalístico: executar ou omitir a acção. A escolha por uma destas possibilidades já não tem que ver com a relação finalista (antecipatória da vontade) com os cursos causais concretamente

¹⁵⁰ WELZEL (1935), 110.

¹⁵¹ WELZEL (1935), 109.

¹⁵² HARTMANN (1949).

¹⁵³ HARTMANN (1926). WELZEL (1935), 108, nota 67, considera estas duas obras de NIKOLAI HARTMANN como inspiradoras do seu anterior estudo de 1931 sobre “Causalidade e Acção”, relativamente ao qual a exposição de 1935 sobre a negligência surge como um desenvolvimento.

¹⁵⁴ WELZEL (1935), 110.

¹⁵⁵ WELZEL (1935), 111.

possíveis, mas baseia-se na decisão valorativa emocional da vontade em favor de um dos modos de acção finalisticamente possíveis. Enquanto a relação final da vontade com o resultado apenas diz que este pertence à vontade como obra sua, o elemento emocional significa que a vontade preferiu a actuação efectivamente realizada ao diferente comportamento finalista possível. A culpa reside aí na preferência pelo valor inferior em vez do superior. O objecto ontológico da culpa separa-se, assim, do da acção, porque esta tem que ver com a pertença finalista do resultado à vontade como factor que o determinou, ao passo que a culpa respeita a uma decisão valorativa de determinada espécie a favor do conteúdo valorativo da acção real. Há que distingui-las, porque pode faltar a culpa, como nas causas de exclusão da culpa, sem que uma verdadeira acção deixe de existir. Com efeito, esta última baseia-se na função intelectual prática da vontade, enquanto a culpa se baseia na capacidade da vontade de decisão emocional entre valores, a qual diz respeito ao nível mais alto da vida pessoal e espiritual, nomeadamente a capacidade de fundamentar idealmente uma decisão no conteúdo dos valores”, a qual pode faltar total ou parcialmente na inimputabilidade, “sem que, por isso falte necessariamente a capacidade de agir, isto é, a susceptibilidade de direcção pela vontade”¹⁵⁶.

Quer quanto aos critérios da imputação “subjectiva” ao autor do curso causal, como acção sua, e do resultado, como obra sua, quer quanto à base da censura da culpa, WELZEL dá relevância ao sujeito “em concreto”¹⁵⁷. É, desde logo, o que resulta da intenção programática do artigo: reganhar a pessoa no direito. Diz WELZEL: “Decerto que a ordem jurídica pode imputar ‘objectivamente’ ao homem, como simples causa, o acontecimento produzido, mas algures na ordem jurídica há-de o homem surgir com a função mais originária da sua essência, não como simples causa de quaisquer mudanças, mas como autor dos seus actos. A ordem jurídica tem de contar algures com a vontade como específico factor de determinação ‘e não apenas no lado emocional da culpa’, simplesmente porque a sua existência depende da presença objectiva de

¹⁵⁶ WELZEL (1935), 109.

¹⁵⁷ WELZEL (1935), 110.

um factor causal, que não avança em frente cegamente, mas que é capaz de configurar o futuro que visiona. Tudo isto não tem nada a ver com ‘subjectivação’, mas é o claro achado ôntico, que representa o fundamento objectivo indispensável para a ordem jurídica e não pode ser substituído por uma vontade média fictícia ou por uma-pessoa-como-qualquer-outra”¹⁵⁸. Parece, pois, legítimo concluir daqui que quando WELZEL na negligência se refere à acção praticada como evitável e à acção devida como possibilidade determinada (e do mesmo modo quando se refere a critérios de culpa e de desculpa), tem em vista a inevitabilidade e possibilidade para o sujeito em concreto. WELZEL não especifica, porém, quais os elementos do sujeito concreto que são relevantes para as concretas inevitabilidade e possibilidade a que se refere.

Em comentário a esta posição de WELZEL, de 1935, haverá que fazer notar, desde já, dois pontos. Em primeiro lugar que “acção em sentido próprio” existe “na medida em que a sua existência e o seu modo de ser dependem da vontade como factor causal que se pode regular com sentido”¹⁵⁹: quer o facto doloso quer o facto negligente têm, portanto, em comum a concreta capacidade de, com base na previsão que existe ou que é apenas possível para a vontade, orientar o acontecer causal. Em segundo lugar, que a concreta decisão por uma das possibilidades alternativas de orientação do acontecer causal não baseia a existência de uma acção mas, uma vez que é uma decisão emocional valorativa, baseia a existência de culpa. Mas para entender isto WELZEL tem de separar o que é a unidade incindível da acção e da decisão. A acção não está completa sem a decisão. Mas a acção e a decisão não estão dependentes nem têm de ser precedidas, nem mesmo na acção dolosa, de uma eventual motivação pelo ou contra o direito.

WELZEL, aquando da sua própria refundação da dogmática da parte geral em torno da teoria finalista de acção, nos seus “Estudos Para o Sistema do

¹⁵⁸ WELZEL (1935), 111-112 nota 75.

¹⁵⁹ WELZEL (1935), 108.

Direito Penal”, de 1939¹⁶⁰, desenvolveu as ideias programáticas do estudo de 1935, referentes a uma dogmática por essência referida ao ser (*wesenmässige Seinsbezogenheit der Dogmatik*)¹⁶¹. A sistemática superação do pensamento causal naturalístico leva-o a considerar a teoria da acção final como o ponto de partida de toda a teoria do crime e, consequentemente, a modelar esta última em torno do crime doloso. Escreve: “Objecto do direito penal são as acções finalisticamente (actuando para um fim) dirigidas para a realização de um resultado negativo; excepcionalmente e em âmbito restrito também meras causações, na medida em que eram evitáveis (actuando para um fim)”¹⁶². Ao contrário da posição tomada em 1935, os crimes negligentes aparecem agora como excepcionais, procurando WELZEL estender quanto possível o paralelismo com os crimes dolosos; “O resultado final das nossas reflexões – escreve – pode resumir-se brevemente do seguinte modo: o momento da finalidade pertence ao ilícito jurídico-penal de forma determinante como um modo especial da realização. Os crimes dolosos e negligentes já se distinguem no tipo de ilícito. O dolo como momento da actividade finalística para um fim pertence ao tipo de ilícito”¹⁶³. A procura do momento finalístico nos crimes negligentes leva WELZEL a fazer uma distinção fundamental entre os tipos causais mistos e os tipos causais puros. Os primeiros caracterizam-se por terem como parte nuclear do tipo uma acção finalista, dando WELZEL como exemplo, entre outros, o crime de perigo comum de venda de objectos envenenados, cujas qualidades perigosas são por negligência desconhecidas pelo autor. Neste exemplo só é autor quem pratica a acção finalística de venda (ou de produção ou de difusão) e não quem causa o perigo por qualquer forma, como é característico dos crimes negligentes causais puros (de homicídio ou de ofensas a integridade física, por exemplo). No entanto, WELZEL reconhece que esta distinção de dois grupos de tipos negligentes, sendo essencial para o conceito de autoria negligente, em nada altera o facto de que também nos tipos de causação mistos o decisivo resultado global

¹⁶⁰ WELZEL (1939), 120.

¹⁶¹ WELZEL (1935), 107.

¹⁶² WELZEL (1939), 143.

¹⁶³ *Ibidem*.

proibido não foi realizado finalisticamente, mas sim involuntariamente causado. A diferença reside apenas em que nuns casos a autoria é restrita e nos outros é amplíssima¹⁶⁴.

Em que consiste então, para WELZEL, o elemento da acção na negligência? Não numa relação final real, mas antes numa relação finalista possível. Em virtude da previsão finalista possível para o autor o resultado era para ele evitável. Esta possibilidade não deve, porém, ser apenas uma mera possibilidade ideal ou intelectual que só é trazida ao autor por um observador objectivo, mas tem de ser uma possibilidade actual do ponto de vista da acção: a concreta capacidade de o autor agir finalisticamente.

WELZEL introduz aqui uma outra distinção fundamental entre a negligência consciente e a negligência inconsciente, certamente determinada, tal como a anterior, entre tipos mistos e puros de negligência, pela comparação com o modelo básico da acção dolosa. Na negligência consciente a actual possibilidade de agir finalista baseia-se na previsão realmente existente da possível produção do resultado. Por causa desta sua previsão o autor podia evitar o resultado finalisticamente, com consciência do resultado. Esta concreta evitabilidade existe do ponto de vista finalístico mesmo para o autor incapaz de culpa. Também para o incapaz de culpa, que correctamente prevê a possibilidade de um outro resultado diferente do visado, está aberto o caminho para, com consciência do fim, evitar o resultado através da omissão da actividade. Que o resultado não tenha sido evitado resulta da decisão valorativa pela qual ele, embora não aprovasse positivamente o resultado previsto como possível, preferiu alcançar o objectivo visado a evitar o perigo reconhecido como possível. A diferença entre o autor que age com culpa e o incapaz de culpa está em que essa decisão valorativa emocional tem pleno sentido para o primeiro e é puramente instintiva para o segundo.

¹⁶⁴ WELZEL (1939), 173-175.

A negligência inconsciente caracteriza-se, pelo contrário, por nela faltar a previsão do resultado no momento decisivo em que o autor o teria podido evitar através do comportamento finalista. Mas, uma vez que só a previsão finalista abre a possibilidade da acção para o fim, tem ela de ter sido pelo menos actualmente possível. A actual possibilidade de evitar tem, portanto, de se relacionar aqui com a própria previsão: o autor só teria podido evitar o resultado se teve a possibilidade de o prever no momento decisivo. Esta questão pode formular-se assim: a falta de consciência do resultado no momento decisivo era evitável para o autor? WELZEL entende que a doutrina anterior tinha, com razão, tratado esta questão do ponto de vista da culpa, uma vez que a falta de previsão finalista se reconduz a uma incorrecta tomada de posição valorativa do autor. Por consequência, se a actual evitabilidade é o real elemento de acção, em virtude do qual uma causação pertence ao autor como o seu próprio facto e se só esse real elemento de acção constitui o tipo de ilícito do direito penal, então na negligência inconsciente o tipo de ilícito é dependente da capacidade de culpa do autor. Nela são inseparáveis culpa e ilicitude, nela não há um ilícito não culposo¹⁶⁵.

WELZEL nota, contudo, que a inseparabilidade entre culpa e ilícito, que em seu entender vale para a negligência inconsciente, vale também em larga medida e com o mesmo fundamento para a negligência consciente, uma vez que o limite entre ambas é “extraordinariamente fluido”. Embora nesta última haja consciência da possibilidade do resultado, não é na maioria dos casos conhecida correctamente a quantidade do perigo, embora com maior cuidado ela pudesse ser conhecida. Assim, também na negligência consciente há, na maioria dos casos, uma parte de desconhecimento negligente que influencia a medida da concreta evitabilidade do resultado, de modo que, para WELZEL, também aqui temos dependência do elemento de acção, e assim do tipo de ilícito, de pontos de vista de culpa¹⁶⁶.

¹⁶⁵ WELZEL (1939), 180.

¹⁶⁶ WELZEL (1939), 180-181.

Mais tarde, na primeira edição do seu *Tratado*¹⁶⁷, WELZEL abandona completamente a sua anterior tese acerca da separabilidade entre o ilícito e a culpa na negligência consciente e relaciona o conteúdo da culpa na negligência com a violação do dever de cuidado. Agora escreve: “O fundamento pelo qual o autor não evitou causar o resultado consiste em insuficiente cuidado ao agir. Cuidado pressupõe inteligência dos deveres de agir e a capacidade de se orientar por eles; isto é também culpa. Por consequência, tipos negligentes só podem ser realizados por um autor capaz de culpa. Nos crimes negligentes a distinção entre ilicitude e culpa não tem objecto e é materialmente impossível; só a acção de um autor capaz de culpa é tipicamente ilícita”¹⁶⁸.

O decisivo elemento de acção na negligência continua WELZEL a vê-lo na evitabilidade por acção para o fim, através da qual a causação exterior é abrangida no domínio do agir humano. A pura causação como tal que não se relaciona deste modo com a potencial actividade humana para o fim não tem significado jurídico-penal. Age negligentemente quem, por falta do cuidado devido, ou não prevê que produz o resultado (negligência inconsciente) ou, embora o tenha como possível, confia que o mesmo não se verifique (negligência consciente)¹⁶⁹.

Os elementos relativos ao sujeito continuam por WELZEL a ser considerados em concreto: “Subjectivamente tem o autor, segundo as suas capacidades e relações pessoais, de estar em estado de evitar o resultado. O critério da negligência é, portanto, subjectivo, ou, melhor, relativo ao sujeito. *Este autor teria podido e devido evitar o resultado*”¹⁷⁰. Assim, falta de ouvido ou

¹⁶⁷ A primeira parte do *Tratado* (WELZEL (1947)) é também a quarta edição aumentada da *Parte Geral* (WELZEL (1940)). Consideramos aquela como a versão definitiva de uma fase do seu pensamento. Mas já em WELZEL (1940), 80, se lê: “Nos crimes negligentes a distinção entre ilicitude e culpa não tem objecto e é materialmente impossível”.

¹⁶⁸ WELZEL (1947), 82.

¹⁶⁹ WELZEL (1947), 83.

¹⁷⁰ Essa violação do dever de cuidado é medida por um “duplo critério”; além de subjectivamente é, em primeiro lugar, analisada objectivamente, segundo a adequação social, que varia segundo o domínio da actividade social (WELZEL (1947), 83-84).

de vista, comoção, etc., podem excluir a negligência. Também deixará de haver negligência quando ao autor nas circunstâncias particulares não se poderia exigir outro comportamento (a um condutor de carro eléctrico não se pode exigir que se oponha a uma instrução de serviço errada que mais tarde provoca um acidente). Dois outros elementos do tipo subjectivo são a previsibilidade da realização do tipo – isto é, o sujeito “teria podido prever o resultado” e que tal como no dolo inclui, para além do resultado, o processo causal – e a consciência ou possibilidade de consciência da violação do dever¹⁷¹. A diferença estrutural entre a culpa consciente e inconsciente reflecte-se, segundo WELZEL, no conteúdo da culpa – culpa que é, para WELZEL, no *Tratado*, “a falta de cumprimento de exigências de ‘deveres’ jurídicos em consequência de faltosa ou insuficiente aplicação da direcção da vontade valorativa em face de impulsos inimigos do direito”¹⁷². Tal parece para WELZEL sem problema na negligência consciente, porque aí o autor conhece as possíveis consequências reprovadas do seu agir e o dever de o omitir. Teria podido cumprir o dever por esforço da vontade. Já na negligência inconsciente surgem, para o mesmo autor, mais dificuldades, porque nela falta o momento da violação consciente do dever. Aí há, segundo WELZEL, uma falta de tomada de posição do carácter adquirido, baseada em faltas da vontade e, portanto, “culpa de carácter”¹⁷³.

Em comentário, cumpre observar que WELZEL não dá nenhuma razão para abandonar a distinção que fazia em 1935, em geral e, em 1939, a propósito da negligência consciente, entre capacidade de agir e capacidade de culpa. Ora, se esse abandono se justifica relativamente a toda a negligência, porque não no caso do dolo? A explicação parece estar em que para WELZEL – em 1939 para a negligência inconsciente e, em 1947, para toda a negligência – a incapacidade de culpa implica a incapacidade de agir de outra maneira; isto é, implica o agir mecânico e, assim, a inexistência de acção em sentido próprio. As coisas, porém, passam-se de outra maneira: a incapacidade de motivação normal pelo dever,

¹⁷¹ WELZEL (1947), 84.

¹⁷² WELZEL (1947), 74.

¹⁷³ WELZEL (1947), 85.

através de uma decisão emotivo-valorativa estruturante da personalidade, não implica incapacidade de agir, que tem de reconhecer-se ao inimputável quando age, não intervindo apenas mecanicamente no curso causal. E, de qualquer modo, continuaria por explicar a diferença, neste ponto, entre o dolo e a negligência.

2.2. Comparação com ENGISCH.

Em 1935 WELZEL rompeu com a dogmática da escola clássica ao, tal como ENGISCH, distinguir na negligência entre tipo de ilícito e culpa. Nos seus “Estudos” de 1939 tal distinção só é mantida quanto à negligência consciente, enquanto na negligência inconsciente não haveria lugar à distinção. No *Tratado*, em 1947, a posição de WELZEL afasta-se ainda mais da de ENGISCH, uma vez que passou a entender que em toda a negligência não tem objecto a distinção entre ilicitude e culpa¹⁷⁴. A partir de 1947 são notórias, para além da acabada de referir, outras duas diferenças fundamentais entre estes dois autores. A primeira respeita às capacidades do sujeito a considerar na análise da negligência, que para WELZEL se medem em concreto (posição já defendida desde 1935) e para ENGISCH se medem, no caso da cognoscibilidade e ao nível do tipo de ilícito, pela capacidade do autor mais competente e mais sábio, embora quanto à inevitabilidade o juízo do mais competente e mais sábio tenha em conta a capacidade do autor em concreto. A segunda tem que ver com fundamentação da culpa na negligência inconsciente, que para ENGISCH se funda numa falta do sentimento ou de interesse relativamente a evitação de uma violação do direito, enquanto para WELZEL se trata de uma errada atitude do carácter adquirido, baseada em faltas de vontade (culpa do carácter)¹⁷⁵.

¹⁷⁴ A esta mudança de posição de WELZEL não foi certamente estranha a substancial crítica que lhe foi dirigida por ENGISCH no seu artigo “Der finale Handlungsbegriff” (ENGISCH (1944), 141-179).

¹⁷⁵ WELZEL (1947), 85.

2.3. A posição de NIESE

WERNER NIESE apresentou, em 1951¹⁷⁶, uma nova versão da teoria da acção finalista, que incidiu especialmente sobre a relação entre as acções negligentes e a finalidade, relação que tinha sido objecto das principais críticas à anterior formulação da teoria¹⁷⁷. NIESE vem agora dizer que os crimes negligentes não têm como dado ontológico que baseie o seu desvalor de acção uma finalidade, uma vez que a finalidade da acção negligente se dirige para um outro resultado que não o típico. A finalidade potencial não é a finalidade actual da acção negligente. O desvalor da acção negligente baseia-se numa “violação não final de um dever jurídico, por ocasião de uma acção, que só se pode conceber através de uma valoração objectiva no terreno da ordem jurídica. Esta valoração não se verifica, porém, apenas e só ao nível do juízo de culpa, mas o dever objectivo de cuidado determina já o ilícito típico do ‘do agir-assim’. Por isso, a ilicitude das acções não culposas não resulta apenas do desvalor de resultado, mas também e em primeira linha do seu desvalor de acção, que aqui não se baseia numa finalidade própria relevante para o direito penal, como no dolo, mas numa violação do dever objectivo de cuidado”¹⁷⁸. O cuidado objectivo exigível no tráfego marca, para este autor, a fronteira entre o comportamento socialmente adequado e o inadequado. Só as causações do resultado evitáveis através do cumprimento do dever de cuidado são socialmente inadequadas e, portanto, também tipicamente ilícitas no sentido dos tipos de negligência¹⁷⁹. Em última análise, os crimes negligentes são, segundo concluiu, crimes de omissão imprópria que se traduzem no não cumprimento de um dever de cuidado cujo cumprimento teria evitado o facto e as suas consequências¹⁸⁰. Mas com a constatação de que o autor que age sem dolo violou o dever objectivo de cuidado e, portanto, agiu de forma tipicamente ilícita, ainda não está verificada a sua culpa. “A verificação da violação do dever de cuidado é só a base da valoração

¹⁷⁶ NIESE (1951).

¹⁷⁷ Nomeadamente por METZGER (1950).

¹⁷⁸ NIESE (1951), 63; cf., também, 58, 59 e 62.

¹⁷⁹ NIESE (1951), 61.

¹⁸⁰ NIESE (1951), 62.

da culpa. A censura da culpa, que se orienta igualmente pelo critério objectivo deste cuidado exigível no tráfego, pode, nomeadamente, ser excluída se o autor segundo as suas capacidades pessoais e circunstâncias do caso não *podia* cumprir o dever de cuidado, se era inimputável ou se lhe não era exigível a avaliação conforme ao dever das consequências possíveis do seu facto”¹⁸¹. A censura da culpa na negligência tem lugar quando o autor agiu em erro evitável sobre o tipo (conhecimento potencial do tipo) e erro potencial sobre a proibição (conhecimento potencial da proibição)¹⁸². O conceito de culpa é unitário para o dolo e para a negligência. A essência unitária da culpa consiste, para NIESE, em que “aquele que praticou uma acção ilícita típica se teria podido decidir, em razão do alcance fáctico e jurídico, pelo comportamento conforme ao direito, quando era capaz dessa decisão segundo o seu modo de ser espiritual-anímico e nas circunstâncias exteriores em que agia”¹⁸³.

As teses de NIESE teriam considerável sucesso no desenvolvimento da doutrina finalista. WELZEL voltaria a distinguir o ilícito da culpa na negligência. Também a ideia de no ilícito ser relevante apenas um dever objectivo de cuidado, que ao contrário do entendimento do primeiro WELZEL, não é aferido pela capacidade concreta do agente, teria futuro quer no campo finalista quer fora dele. A concepção unitária da culpa com base no poder concreto do sujeito também viria a ser adoptada por WELZEL. A visão da negligência como uma hipótese de erro seria mais tarde retomada por JAKOBS. Mas a redução da negligência a uma omissão imprópria representa um claro retrocesso face à anterior e definitiva crítica de ENGISCH.

¹⁸¹ NIESE (1951), 63.

¹⁸² NIESE (1951), 64-65.

¹⁸³ NIESE (1951), 65.

2.4. Evolução da posição de WELZEL, do estudo de 1961 à 11.^a e última edição do *Tratado*

No seu estudo de 1961, sobre “Negligência e Delitos de Tráfego”¹⁸⁴, WELZEL procede a uma revisão da sua dogmática do crime negligente¹⁸⁵. Parte da constatação de que a vida social da altura se caracteriza pelo enorme desenvolvimento do tráfego rodoviário e dos delitos de viação, pelo que os mecanismos de regulação automática do comportamento que explicavam a capacidade humana de evitar a generalidade dos perigos causados por forças controláveis pelo homem e, portanto, o limitado número de crimes negligentes no passado, se mostram inaptos para controlar as forças sobre-humanas que passaram a predominar no tráfego devido ao desenvolvimento tecnológico. WELZEL entende que, perante este quadro, se torna necessário repensar a negligência, já não como causação do resultado que, quando pode e deve ser evitada, será simultaneamente ilícita e culposa, mas como uma acção desvaliosa que se concretiza no resultado. Em contraste com posições intermédias, WELZEL volta a acentuar para toda a negligência, consciente ou inconsciente, a sua distinção de 1935 entre a ilicitude e culpa na negligência. “Deixou de ser possível – escreve – ver na negligência apenas um problema de culpa; em vez disso tem de se repensar em separado a problemática dos delitos negligentes em todos os níveis da construção do crime, isto é, nos domínios do tipo, do ilícito e da culpa, e no domínio ontológico da acção que lhes é antecedente”¹⁸⁶. Para WELZEL, nesta fase, o tipo de ilícito da negligência depende essencialmente do desvalor da acção, que está ligado à violação do dever objectivo de cuidado. O desvalor do resultado é, porém, considerado adicionalmente na ilicitude¹⁸⁷. A

¹⁸⁴ WELZEL (1961).

¹⁸⁵ Sobre as variações, relativamente menores, da teoria da negligência em WELZEL entre as várias edições do *Tratado* até à 5.^a edição, de 1958, veja-se NOWAKOWSKI (1958).

¹⁸⁶ WELZEL (1961), 322.

¹⁸⁷ WELZEL (1961), 329. Mais à frente (330-332) ainda acrescenta que, ao contrário do que pretendia, na altura, alguma doutrina italiana (MANZINI e VANNINI), o resultado não é mera condição objectiva de punibilidade, desde logo porque tem de estar numa certa relação com a acção típica. Não basta que a acção violadora do cuidado tenha de

determinação da violação do dever de cuidado e, portanto, todo o desvalor da acção que dela depende, levanta ainda, para WELZEL, dois problemas fundamentais. Em primeiro lugar, segundo este autor, há que reconhecer que o tipo legal dos crimes negligentes só descreve em regra a produção do resultado, deixando indeterminada a acção do autor. Os tipos de crime negligentes são tipos “abertos”, que necessitam de ser completados, em que a especial configuração da acção proibida é decidida pelo juiz ao determinar qual seja o cuidado objectivo devido¹⁸⁸. Aproximam-se nessa medida dos crimes de omissão imprópria, em que é necessário completar o tipo com a definição dos círculos de pessoas que têm a posição de garante e, portanto, o dever de agir. São tipos *materiais* de ilicitude.

O segundo e maior problema é o da concretização do dever de cuidado. “Relativamente ao autor – diz WELZEL – o comando legal de observar o cuidado objectivo concretiza-se assim: quem está habilitado a praticar a acção de forma materialmente correcta tem, quando a pratica, de o fazer de forma materialmente correcta; quem não está habilitado a tal deve omitir completamente a acção; nestes casos, para o agente a omissão da acção é o comportamento materialmente correcto. Com o comportamento materialmente correcto assim definido há, subsequentemente, que comparar a acção real do autor, para verificar se ela é típica de um crime negligente: toda a acção que não alcança ser esse comportamento materialmente correcto é típica no sentido do crime negligente”¹⁸⁹. Uma acção é, assim, típica “se não corresponde àquele comportamento que uma pessoa *inteligente e prudente* no lugar do autor teria adoptado”¹⁹⁰. O conteúdo do dever de cuidado, nomeadamente do cuidado exigível no tráfego, determina-se, assim, sempre segundo pontos de vista objectivos: é o comportamento que na situação concreta é exigido do autor. “Este

qualquer modo como consequência uma violação ou uma colocação em perigo do bem jurídico, a violação ou a colocação em perigo do bem jurídico tem de ter lugar precisamente por causa da violação do cuidado; *i.e.*, esta tem de se realizar no resultado. Tal não é o caso quando o resultado, não obstante ter sido causado pela acção, se teria ainda assim produzido se a acção tivesse sido devidamente cuidadosa.

¹⁸⁸ WELZEL (1961), 324.

¹⁸⁹ WELZEL (1961), 329.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

dever surge perante o autor objectivamente e concretiza-se segundo as suas habilitações individuais apenas na medida em que o autor, que pode realizar a acção correctamente, deve realizá-la assim, se a quer realizar, enquanto o autor que a não pode executar de forma materialmente correcta a deve omitir completamente. O dever de omitir a acção materialmente incorrecta vale ilimitadamente para qualquer autor. Não é o dever, mas a censurabilidade da violação do dever, que é limitada pelos elementos subjectivos da falta subjectiva de previsibilidade ou da falta de sabedoria”¹⁹¹. Esta última é a questão da culpa que só se pode colocar depois de verificada a tipicidade e a ilicitude da acção do agente.

Como se pode compreender – escreve – a partir da acção uma tal censurabilidade? Precisamente as acções no domínio do tráfego rodoviário inspiram aqui a resposta de WELZEL: “O condutor deve adaptar a velocidade do veículo ao domínio que tem das reacções técnicas e à sua capacidade de reacção. É certo que a correcção das nossas acções não se deve em grande parte a uma orientação consciente do agir, mas a preparações para agir automatizadas anteriormente adquiridas. A sua falta, porém, é de censurar ao autor com culpa, visto que não considera ao praticar a sua acção finalista os limites funcionais das suas preparações para agir, embora as pudesse reconhecer”¹⁹².

Aparentemente WELZEL transfere agora toda a problemática das limitações subjectivas do poder de agir para a questão da culpa, em clamoroso contraste com a sua posição ontológica fundamental de 1935, que ligava o domínio do facto ao próprio conceito de acção. Porém, bem observadas as coisas, não o faz completamente: a limitação do dever pelo poder na ilicitude mantém-se ainda na medida em que presume que o autor pode sempre omitir a acção final que não corresponde à acção materialmente correcta e devida. Só que WELZEL não oferece argumentos que suportem psicológica ou ontologicamente esta limitação da relevância para a ilicitude das limitações subjectivas do autor.

¹⁹¹ WELZEL (1961), 340-341.

¹⁹² WELZEL (1961), 342-343.

No período que vai deste estudo de 1961 às últimas edições do *Tratado* (da 9.^a de 1965 à 11.^a de 1969), a principal diferença relativamente às anteriores edições do *Tratado* está na sistemática. Com efeito, no estudo referido WELZEL parece defender ainda a opção sistemática das anteriores edições do *Tratado*¹⁹³. A teoria da acção e da causalidade eram comuns ao dolo e à negligência e precediam, no *Tratado*, o tratamento do ilícito e da culpa nos crimes dolosos, primeiro, e nos crimes negligentes, depois. É certo que, nessas edições anteriores do *Tratado*, o dolo e a negligência dividem o tratamento genérico da construção dogmática do crime, ao contrário do que acontece com a omissão, que é tratada separadamente como forma especial de crime. Mas as diferenças dogmáticas entre o crime doloso e o crime negligente eram tão profundas – basta pensar na impossibilidade de separar na negligência a ilicitude da culpa – que WELZEL não diverge substancialmente dos principais manuais e tratados de inspiração ou influência finalista posteriores (MAURACH, STRATENWERTH, JESCHECK, ROXIN) que tratam o crime negligente, a par do crime omissivo, como uma forma especial de crime. Mas, no referido estudo de 1961, WELZEL volta a defender as suas antigas teses da separação da ilicitude e da culpa no crime negligente e da identidade substancial da dogmática da culpa no crime doloso e no crime negligente. As diferenças essenciais entre o dolo e a negligência situam-se, nesta última perspectiva, ao nível da tipicidade. Esta é a posição final de WELZEL, em que será seguido por JAKOBS, sem prejuízo das consideráveis diferenças, já não sistemáticas mas de conteúdo, entre ambos.

Nas últimas edições do *Tratado* WELZEL tira as naturais consequências do estudo de 1961: afinal o crime negligente não se distingue dogmaticamente do doloso quanto a todos os elementos do crime, como ainda diz naquele estudo, mas, pelas razões no mesmo desenvolvidas, a sua especialidade situa-se essencialmente ao nível da tipicidade. Isto não quer dizer que WELZEL não reconheça outras diferenças, inclusivamente ao nível da culpa. Assim, só na negligência inconsciente ganha autonomia a questão da previsibilidade individual

¹⁹³WELZEL (1961), 322.

da produção do resultado, uma vez que tanto no crime doloso como no crime negligente consciente há previsão actual. Ora, segundo WELZEL, não só “a violação do cuidado é sempre relativa à possibilidade de uma violação do bem jurídico”¹⁹⁴, como também “a previsibilidade individual (a realização subjectiva do juízo objectivo de adequação) é um elemento constitutivo da censurabilidade daquela violação objectiva do cuidado”¹⁹⁵. Não é certamente discutível que a previsibilidade individual seja pressuposto da censurabilidade individual. O que se poderá discutir é se não é já pressuposto do desvalor da acção e, portanto, da ilicitude da negligência inconsciente. A posição de WELZEL só se entende com base numa restrição da problemática da limitação do dever pelo poder à esfera da culpa, quando tal questão já se coloca manifestamente ao nível da ilicitude.

2.5. A última posição de ENGISCH

ENGISCH foi um dos primeiros a submeter a doutrina finalista de WELZEL, especialmente na parte relativa à negligência, a um exame crítico aprofundado, no seu estudo sobre “O Conceito Final de Acção”, de 1944¹⁹⁶. A linha geral da argumentação de ENGISCH foi sobretudo defensiva. ENGISCH não nega a correcção fundamental do conceito finalista de acção no plano ontológico e a sua validade quer para o dolo, quer para a negligência. Recusa, porém, as consequências dogmáticas que WELZEL daí retira. Assim, ENGISCH refere-se a um dolo natural, correspondente à acção finalista, que se verifica também na acção negligente. Só que aqui ele é *irrelevante juridicamente* porque, ao contrário do dolo jurídico, não é dirigido ao resultado típico. A mesma linha defensiva de argumentação se encontra na tomada de posição final de ENGISCH sobre a negligência, no seu estudo sobre “O Tipo de Ilícito no Direito Penal”¹⁹⁷. Aqui ENGISCH aborda, especialmente em relação com a negligência, a limitação do dever pelo poder na ilicitude e os termos da distinção entre esta e a culpa. ENGISCH desenvolve então a sua anterior concepção do dever de cuidado como

¹⁹⁴ WELZEL (1965), 159; WELZEL (1969), 175.

¹⁹⁵ WELZEL (1965), 159.

¹⁹⁶ ENGISCH (1944).

¹⁹⁷ ENGISCH (1960), 401 e ss.

elemento do tipo de ilícito, como parte de uma concepção mais geral da norma como sendo dirigida ao respeito do cuidado exigível, pelo que, escreve: “vistas as coisas pelo lado negativo, só é ilícito e tipicamente ilícito aquele comportamento condicionante do resultado que é simultaneamente desrespeitoso do cuidado exigível no tráfego”¹⁹⁸. Segue-se que a norma se configura em vista do momento da realização da acção: “só um comportamento que visto ‘ex ante’ é correcto pode ser comandado, só o comportamento que visto ‘ex ante’ é incorrecto pode ser proibido”. O passo seguinte conduz ao problema “dever e poder”: “assim como a norma como exigência do comportamento cuidadoso se tem de orientar pelo momento do agir, também ela tem de ter em conta as possibilidades de acção nesse momento. Pode mesmo dizer-se que o ponto de vista “ex ante” não é mais do que uma derivação do conhecido princípio: *ultra posse nemo obligatur*. Este princípio significa, segundo ENGISCH, que o comportamento correcto *hic et nunc* terá de se situar dentro das possibilidades humanas para que tenha sentido exigi-lo. ENGISCH esclarece textualmente: “no meu entender esta possibilidade, como pressuposto de aparecimento do dever jurídico, tem de se determinar segundo as forças individuais do agente e segundo os meios disponíveis na situação da acção”¹⁹⁹. ENGISCH passa depois a explicitar uma fundamental equivocidade da palavra exigibilidade: “uma vez que ‘exigibilidade’ significa que alguma coisa não pode racionalmente ser exigida como cuidado, não é mais do que um ‘princípio regulativo’ para excluir extensões excessivas do dever de cuidado e, desse modo, determinar razoavelmente a fronteira entre o lícito e o ilícito. Esta espécie de inexigibilidade tem uma função semelhante como a adequação social ou o risco permitido. Respeita imediatamente ao dever ser. Na medida, porém, em que a ‘inexigibilidade’ significa que a aplicação do cuidado, que em si é comandado, põe no caso concreto exigências demasiadas à capacidade de resistência anímica do destinatário da norma, de modo que a este só dificilmente é possível cumprir as exigências, trata-se de um problema do

¹⁹⁸ ENGISCH (1960), 419.

¹⁹⁹ ENGISCH (1960), 420.

poder, que não respeita ao dever de cuidado em si mesmo, mas à questão da culpa”²⁰⁰.

Em vista desta recepção, por ENGISCH, de teses fundamentais da doutrina finalista, nomeadamente quando entende que o critério da existência de um dever jurídico é a capacidade individual do agente, não surpreende que a sua própria “composição do conceito de negligência”, que se mantém idêntica à das *Investigações sobre o Dolo e Negligência no Direito Penal*, de 1930, e segundo a qual o critério objectivo na análise da cognoscibilidade do dever de cuidado é elemento do tipo, mas a cognoscibilidade do sujeito em concreto é elemento da culpa, lhe surja agora como tendo de lutar com dificuldades internas. ENGISCH dá aqui como exemplo um caso de doença ou acidente em que se trata de fazer vir um médico com a maior rapidez possível. Não há telefone pessoal disponível. Pode alcançar-se uma cabine telefónica, mas nela não existe lista telefónica. Chamar um médico surge à primeira vista como o cuidado objectivamente exigível. “Mas – observa ENGISCH – pode prestar-se este cuidado quando não se sabe e não se pode averiguar como arranjar um médico? A incognoscibilidade do modo como efectuar o comportamento cuidadoso será neste caso apenas uma causa de exclusão da culpa? Não falta aqui desde logo a exigência do cuidado, uma vez que o dever se afere pelo poder? Não haverá uma contradição ou mesmo um círculo, em que, por um lado, o dever ser, isto é, o cuidado exigível, seja determinado pelo poder mas, por outro lado, o poder conhecer (da realização do tipo de ilícito por falta de atenção ao cuidado comandado) seja tratado como elemento autónomo da culpa a par da não realização daquele dever ser?”²⁰¹. ENGISCH entende que no exemplo dado é já o cuidado objectivamente exigível que se tem de determinar segundo o critério do que o agente sabe e pode saber. O problema surge, porém, quando uma pessoa inteligente e sabedora teria agido no caso de modo diferente do agente, havendo então que colocar a questão de saber se o agente com os seus dotes e formação individuais teria podido conhecer que aquele outro comportamento evitaria a realização do tipo de ilícito. Como

²⁰⁰ *Ibidem*.

²⁰¹ ENGISCH (1960), 429.

exemplo ENGISCH dá o caso de uma mulher inferiormente dotada limpar um vestido com gasolina numa pequena cozinha em que arde o pavio de um aquecedor, de que resulta uma explosão que ofende bens jurídicos de um terceiro. Uma pessoa inteligente e sabedora não teria agido assim. Segundo ENGISCH, o tipo de ilícito está completamente realizado. A censura da culpa depende, porém, da cognoscibilidade individual do perigo. Temos que recuar desde o resultado da explosão até ao lidar descuidado com gasolina junto de um pavio aceso; daqui para trás até ao desconhecer que está aceso o pavio; daqui para trás até não averiguar se o pavio está aceso; e daqui para trás até não pensar nessa possibilidade e no perigo daí resultante. Este último não pensar no perigo, diz ENGISCH, “radica ou numa censurável falta de preocupação ou – no caso de falta de conhecimento individual – em falta de inteligência, portanto num erro de entendimento que não podemos censurar”²⁰². Esta conclusão de ENGISCH não é, porém, conciliável com a tese do aferimento do dever ser pelo poder ao nível da ilicitude. ENGISCH não dá qualquer razão para aceitar esse aferimento em abstracto, relativamente à norma, que assim obriga a determinado comportamento cognitivo sempre que este pode ser praticado e, portanto, até ao limite da capacidade do agente mais capaz, e não aceitar esse aferimento em concreto, relativamente ao dever conhecer de determinado agente com inferior capacidade. A aceitação de uma tese genérica, como seja a de que o dever ser é aferido ou limitado pelo poder, implica logicamente esse aferimento ou limitação em todos os casos que são abrangidos pelos conceitos genéricos. ENGISCH mantém, portanto, no essencial²⁰³, as posições anteriormente defendidas na sua monografia de 1930, pelo que subsistem igualmente as críticas que fizemos a esta última.

²⁰² ENGISCH (1960), 428-431.

²⁰³ Sem prejuízo de alterações pontuais, como seja a de ter passado a entender que o risco permitido exclui desde logo o tipo de ilícito, pelo que não é uma causa de exclusão da ilicitude, e de esclarecimentos conceptuais em vista da comparação com o finalismo e outras doutrinas recentes (ENGISCH (1960), 418).

2.6. Outros autores da última fase do finalismo: ARMIN KAUFMANN, STRATENWERTH

A última fase da doutrina de WELZEL sobre a negligência, marcada, como vimos, pela sua monografia de 1961 e pelas edições posteriores do *Tratado*, coincide temporalmente com as tomadas de posição dos seus discípulos mais directos ARMIN KAUFMANN, GÜNTER STRATENWERTH e GÜNTHER JAKOBS, que se apresentam sem excepção como seus continuadores. Esta fase é genericamente influenciada pelo aprofundamento das bases teóricas relacionadas com a teoria da norma jurídica e da ilicitude, operado pela obra de ARMIN KAUFMANN sobre “O Vivo e o Morto na Teoria das Normas de Binding”, com o esclarecedor subtítulo “ Lógica das Normas e Moderna Dogmática do Direito Penal”²⁰⁴, e pelas teses aí defendidas da limitação do objecto da norma ao agir finalístico possível e consequente limitação do dever que concretiza a norma pela capacidade concreta do agente²⁰⁵. Todos admitem de algum modo, por consequência, a relevância da capacidade do agente concreto quer para o juízo da ilicitude quer para o juízo de culpa. Todos acompanham o repúdio pelo último WELZEL da sua anterior tese da impossibilidade de distinção na negligência entre ilicitude e culpa. A consequência de que o dever de cuidado é limitado pelo poder individual só aparentemente não é tirada por ARMIN KAUFMANN e por WELZEL, por defenderem a tese de que cumprir o cuidado se faz por omissão e que omitir todos podem. É aqui particularmente importante considerar a justificação que ARMIN KAUFMANN, em 1963, apresentava sobre esta tese (a de que o cumprimento do dever de cuidado se faz sempre por omissão), porque ela é reveladora das dificuldades que atrás já lhe apontámos a propósito de WELZEL. ARMIN KAUFMANN começa por notar que na negligência comissiva se trata da apreciação de acções e que por isso nos movemos primariamente no domínio das proibições. “O que é aqui levemente irritante – escreve – é o facto de que a maior parte das vezes formularmos positivamente o cuidado pedido como prestação comandada e, correspondentemente, a falta de cuidado como ‘o cuidado

²⁰⁴ KAUFMANN, ARMIN (1954).

²⁰⁵ KAUFMANN, ARMIN (1954), 106-107, 139-141.

omitido'. Quando coloco veneno num frasco, pede o cuidado devido que pinte no mesmo uma caveira. Quando faço uma curva é cuidado objectivamente exigível no tráfego reduzir a velocidade. Naturalmente que não é comandado colocar um rótulo de veneno no frasco e a seguir torná-lo acessível, tão pouco como não é normalmente comandado fazer a curva com o carro. Em vez disso é proibido realizar uma acção de maneira determinada: colocar um frasco de veneno *sem* aviso e fazer a curva *sem* reduzir a velocidade. Isto é importante para a aplicação do princípio: *Ultra posse nemo obligatur*. Este princípio só vale para comandos e estes pressupõem possibilidade de agir para terem efeito obrigatório. As proibições de agir exigem omissões de agir e omitir todos podem". Daqui retira ARMIN KAUFMANN a conclusão de que "*nessa medida*, a violação do cuidado é de todo independente do poder do indivíduo"²⁰⁶. Nenhuma objecção nos suscita a importante observação, que já tinha sido posta em relevo por ENGISCH, de que a restrição do tipo de acção negligente aos casos de violação do dever de cuidado não transforma o crime negligente numa omissão. Objecto da norma é aqui a acção descuidada que é proibida. Já é, porém, inexacto dizer que a limitação do dever pelo poder, expressa pelo princípio *ultra posse nemo obligatur*, não vale para as proibições, uma vez que todos podem omitir, o que implica certamente que nelas ninguém é obrigado a mais do que pode. Quando muito ARMIN KAUFMANN poderia repetir aqui a afirmação, que fizera pouco antes no seu livro sobre a dogmática dos crimes omissivos, de que, embora tanto nos comandos com nas proibições a capacidade de agir seja "não só pressuposto de concretização da norma no dever mas também 'pressuposto' do ilícito, contudo, na violação da proibição a concreta capacidade de agir está contida na realização do acto, pelo que aí, no domínio dos crimes comissivos e correspondentes deveres de omissão, a capacidade de agir não desempenha praticamente qualquer papel"²⁰⁷. Só que tal afirmação é errada, uma vez que o dever de omitir expresso na proibição implica, segundo o princípio *ultra posse nemo obligatur*, a capacidade de omitir e esta, ao contrário da capacidade de agir, não está contida

²⁰⁶ KAUFMANN, ARMIN (1964), 139-140.

²⁰⁷ KAUFMANN, ARMIN (1959), 12-13.

na acção descuidada realizada. A capacidade de omitir colocar o frasco de veneno em lugar acessível sem rótulo indicativo não existe para quem não sabe ou não pode saber que se trata de veneno. A capacidade de omitir fazer a curva sem baixar velocidade não existe para quem está sem travões e sem embraiagem.

As dificuldades que atrás apontámos às doutrinas de WELZEL e de ARMIN KAUFMANN, sobre a concretização do dever de cuidado na negligência, ajudarão a explicar a nova linha da doutrina finalista da negligência que é seguida simultânea e separadamente por dois discípulos directos de WELZEL: STRATENWERTH e JAKOBS. Ambos defendem que o tipo negligente só se concretiza quando o comportamento podia ser evitado segundo a capacidade individual do agente e que aqui não se distinguem as proibições dos comandos. Não é, portanto, apenas na culpa que as diferenças da capacidade individual são relevantes. A doutrina de STRATENWERTH²⁰⁸ sobre a negligência tem-se mantido sem variações significativas desde a primeira edição do seu *Tratado* em 1971 – ao contrário do que acontecerá com JAKOBS, que sem alterar a posição comum atrás defendida lhe passará a dar depois uma fundamentação sistemática substancialmente diferente.

²⁰⁸ STRATENWERTH (1974), 299-300, pretendeu também introduzir uma correcção ao conceito de acção finalista logo ao nível da teoria de acção, na medida em que considera necessário alargar este conceito a casos de “finalidade potencial”, em que haveria direcção (*Steuerung*), como uma “regulação do comportamento”, como “resposta comportamental (pessoal) à situação”, “através da possibilidade de intervenção consciente numa direcção do próprio comportamento que decorre inconscientemente”. STRATENWERTH tem presente quatro grupos de casos problemáticos: os automatismos, as acções apaixonadas, as acções repentinas e as acções em estado de embriaguês. Os três últimos casos são claramente casos de acção consciente, embora possamos admitir, com STRATENWERTH (1974), 305, hipóteses em que o agente não representou o resultado típico, pelo que serão de negligência inconsciente. Quanto aos automatismos, há efectivamente que distingui-los, com STRATENWERTH dos meros reflexos corporais. Mas nem em todos os automatismos inconscientes há possibilidade de controlo pela consciência e como tal acção. Ora STRATENWERTH não especifica os casos em que se pode afirmar esse controlo por haver cognoscibilidade da realização do facto típico. Não basta o conceito de finalidade potencial pois não fornece critérios de distinção. Não nos parece possível dizer que “a direcção inconsciente forma por si a base geral suficiente para a afirmação de que um controlo consciente sempre poderia ser possível” (STRATENWERTH (1974), 300). Diz STRATENWERTH que saber se há aqui negligência é uma questão relativa aos ulteriores elementos do crime. Acontece, porém, segundo pensamos, que há critérios da acção específicos da acção negligente inconsciente.

STRATENWERTH discorda da adopção do critério civilístico do cuidado exigível no tráfego (§ 276 BGB), como critério delimitador da tipicidade da negligência. No seu entendimento este critério é, por um lado, excessivamente amplo e, por outro, excessivamente restrito. É excessivamente amplo na medida em que se exige do autor que satisfaça exigências de cuidado que ultrapassam a sua capacidade de dominar processos causais. STRATENWERTH entende que também deve valer para a negligência o que está fora de questão no crime omissivo: que o autor tem de ser capaz de se comportar do modo comandado pelo direito, porque o direito não pode nunca exigir senão o que é possível fazer. É assim que pode ser permitido ao condutor experiente conduzir a alta velocidade, mas não ao principiante ou ao idoso. Esta solução estará expressa no Código da Estrada alemão (StVO, § 3, secção 1), quando, depois de estabelecer que o condutor só pode conduzir a uma velocidade em que tenha constante domínio do seu veículo, acrescenta que para tal deverá ajustar a sua velocidade, entre outras coisas, às suas capacidades individuais. STRATENWERTH concede que a definição do risco que é permitido e do que é proibido é feita por normas *gerais*, sem consideração da pessoa obrigada; mas, como sublinha, depende das capacidades individuais a determinação do comportamento exigido para afastar riscos não permitidos. Para este autor esta solução está igualmente expressa de forma exemplar no Código da Estrada alemão (StVO, §41, secção 2, n.º 7), na parte em dispõe que quando um sinal comanda, em certo troço de estrada, uma velocidade mínima, é proibido conduzir mais devagar e é proibido a condutores que por *falta de capacidades pessoais* ou por propriedades do veículo ou carga não podem ou não lhes é permitido conduzir tão depressa, utilizar essa estrada. Do mesmo modo, conclui STRATENWERTH que um condutor que tem a sua capacidade de reacção substancialmente diminuída por esclerose cerebral avançada deve, pura e simplesmente, deixar de conduzir.

O critério do cuidado exigível no tráfego é, por outro lado, excessivamente restrito quando existem capacidades especiais. O especialmente capaz deverá aplicar o seu “poder instrumental”. Não se vê razão para que o cirurgião especialmente capacitado não deva aplicar numa operação perigosa mais do que

seria exigível a qualquer outro cirurgião. A comparação com o crime omissivo é de novo esclarecedora: não se duvida da responsabilidade do nadador-salvador que, por ser um óptimo nadador, pode chegar a tempo de salvar um banhista do afogamento, e se limita a nadar a média velocidade, deixando-o afogar-se. Este autor argumenta ainda com a relevância de conhecimentos especiais do agente para o juízo de adequação causal²⁰⁹.

STRATENWERTH, que manteve a sua posição individualizadora substancialmente inalterada desde a primeira edição do seu *Tratado* em 1971, veio defendê-la em 1985²¹⁰ contra as críticas entretanto surgidas da parte de autores que defendem um critério generalizador na concretização do tipo de ilícito, independentemente da circunstância, naturalmente irrelevante, de essas críticas se dirigirem directamente contra si ou contra JAKOBS, defensor simultâneo da mesma posição.

A primeira crítica, formulada por SCHÜNEMANN²¹¹, SCHMIDHÄUSER²¹² e MAIWALD²¹³, vem no sentido de que a admissão de um critério individualizador do dever de cuidado ao nível do ilícito tende a impedir uma clara distinção entre a ilicitude e culpa na negligência. Porém, para STRATENWERTH, a ilicitude e a culpa continuam a distinguir-se mesmo considerando, em cada uma delas, elementos do sujeito em concreto. A ilicitude depende do poder instrumental de excluir o risco; isto é, de reconhecer e dominar o risco não permitido que o agente pode ou não criar²¹⁴. A culpa depende da capacidade do autor de se determinar pelo “devido” jurídico; ou seja, de suportar o esforço moral que é

²⁰⁹ STRATENWERTH (1971) n.º 1165 e ss.; STRATENWERTH (2000) § 15, n.º 11-15. As referências ao Código da Estrada alemão foram completadas com o respectivo texto, para mais fácil compreensão.

²¹⁰ STRATENWERTH (1985), 285-302

²¹¹ SCHÜNEMANN, (1975-2), 163; SCHÜNEMANN (1975-1), 513.

²¹² SCHMIDHÄUSER (1975), 152 e ss.

²¹³ MAIWALD (1977), 449.

²¹⁴ Não obstante STRATENWERTH (2000), § 15, n.º 3, considerar ao nível do tipo de ilícito conhecimentos e capacidades individuais do sujeito em concreto, e falar em aspecto interno e externo da acção ilícita negligente, fá-lo não para autonomizar um tipo subjectivo no ilícito negligente, uma vez que a vontade não se dirige ao resultado típico, mas para decidir da violação ou não da norma de cuidado.

necessário para agir correspondentemente de forma responsável e “consciente”. Antes pelo contrário, são, segundo STRATENWERTH, os seus críticos que, por vezes, ao acentuarem que a relevância da capacidade individual é exclusiva da culpa, tendem a faltar à coerência sistemática na distinção entre ilicitude e culpa. Nomeadamente, SCHÜNEMANN²¹⁵ parece incapaz de distinguir, em casos de inimputabilidade, entre a “incapacidade de atender às exigências jurídicas gerais”, que respeita à capacidade do conhecimento e motivação pela norma – e, portanto, à culpa – e a “incapacidade de dominar uma situação de perigo de acordo com as exigências do direito”, que respeita à ilicitude. Os partidários de uma definição generalizadora da ilicitude na negligência têm “necessidade de completar os pressupostos da culpabilidade com as exigências ‘subjectivas’ da lesão do dever de cuidado, apesar de elas não afectarem directamente a liberdade de se determinar segundo o dever jurídico, o que ocasiona uma ruptura da unidade sistemática dos requisitos da culpabilidade. Se a possibilidade individual de acção, pelo contrário, é analisada no momento da análise da adequação do facto à descrição típica, no nível valorativo da culpabilidade não haverá nenhuma diferença estrutural com o delito doloso: requerem-se (só) capacidade de culpabilidade; conhecimento virtual da proibição e exigibilidade”²¹⁶.

A segunda crítica, formulada por SCHÜNEMANN²¹⁷, contesta a analogia com a omissão, com base no argumento já conhecido de ARMIN KAUFMANN de que enquanto no crime omissivo, por força do princípio *ultra posse nemo obligatur*, o tipo só se preenche havendo capacidade de agir do autor, o crime comissivo só pressupõe a capacidade de omitir, que também existe em quem não é capaz de realizar uma acção conforme ao cuidado. Responde STRATENWERTH que não há razão para distinguir entre acção e omissão, quer quanto à relevância da capacidade individual do agente como limite da norma de comportamento – sem que haja razão para distinguir entre a capacidade de movimento corpóreo (ou de inactividade) e a cognoscibilidade para o agente da evitabilidade do perigo –,

²¹⁵ SCHÜNEMANN, (1975), 164.

²¹⁶ STRATENWERTH (2000), §15, n.º 44, onde este argumento surge mais desenvolvido.

²¹⁷ SCHÜNEMANN, (1975), 162-163.

quer quanto à clara distinção entre o poder instrumental nesse contexto relevante e o poder ético que releva para a culpa. É claro no crime omissivo que o cego que não vê a bóia, que está a distância da sua mão, não omite o comportamento devido, tal como não há razão para distinguir entre a capacidade para um médico de praticar (fisicamente) uma acção profissional e a capacidade para o mesmo médico de conhecer se ela está indicada medicamente. No crime comissivo, o facto de ter praticado uma acção que desencadeou uma avalanche pode esconder que o agente não poderia saber que tal acção poderia ter tal efeito. Mas também aqui a capacidade de omitir depende tanto da capacidade física de inactividade como do conhecimento individual do perigo ligado à acção.

A terceira crítica à individualização das exigências do cuidado é a de que implica a “dissolução” de normas objectivas e gerais e, assim, da função motivadora do direito penal, que deixaria de servir como orientação do comportamento e de satisfazer as necessidades da prevenção geral. Esta crítica é também formulada por SCHÜNEMANN²¹⁸, seguido por vários outros²¹⁹. Em resposta diz STRATENWERTH que a falta do desvalor de acção específico do direito penal não implica que a ofensa ou colocação em perigo de bens jurídicos alheios seja permitida, conforme ao direito ou não ilícita. À enfermeira inexperiente, que não pode saber que o médico errou na prescrição, não “é permitido” dar uma injeção que põe em perigo a vida. Nota ainda STRATENWERTH que se a conclusão contrária fosse verdadeira, ela valeria também contra os defensores de uma teoria generalizadora. Mesmo que o erro da enfermeira não pudesse ser conhecido nem pela enfermeira mais experiente e cuidadosa, nem por isso lhe era “permitido” matar o doente. Parece-nos que STRATENWERTH joga aqui com dois conceitos diferentes, do ponto de vista lógico, de “permitido”. Num sentido fraco, “permitido” ou “lícito” é sinónimo de

²¹⁸ SCHÜNEMANN (1975-2), 163 e ss. e (1975-1), 514. Este autor considera que devido à distinção entre capacidade e aptidão e à circunstância de só se ter em conta a capacidade na determinação do cuidado, impede-se a particularização do cuidado. Esta distinção entre capacidade e aptidão será retomada na doutrina portuguesa por PAULA RIBEIRO DE FARIA (cf., *infra* nota 797).

²¹⁹ Cf. as citações de WOLLTER, MAIWALD, SCHROEDER, HIRSCH, JESCHECK, TRIFFTERER e SCHIMIDHÄUSER em STRATENWERTH (1985), 293, nota 29.

“não proibido”. Neste sentido, contrário ao uso da linguagem neste contexto, o comportamento da enfermeira é permitido. Num sentido forte, permitido significa desejado ou, pelo menos, positivamente valorado pelo direito e, neste sentido, o comportamento da enfermeira não é permitido porque realiza um certo desvalor de evento: o desvalor de um comportamento que é em geral proibido e que realiza um resultado desvalioso para o direito. Em segundo lugar, STRATENWERTH diz que a teoria generalizadora será obrigada a admitir diferentes comandos gerais de cuidado segundo as capacidades das pessoas. Assim, no caso em que só um caminho na neve não provoca uma avalanche, o comando geral de cuidado apenas permite esquiar por esse único caminho aos esquiadores que tem esse conhecimento, proibindo todos os outros. Haverá, assim, que admitir que nada se altera na validade geral de uma proibição de ofensa ou de colocação em perigo quando na sua concretização se têm em conta as capacidades individuais da pessoa obrigada ao cuidado. Quanto à insuficiência da tese individualizadora do ponto de vista da prevenção geral, observa STRATENWERTH que a individualização do cuidado exigido não contradiz a generalidade da norma e o efeito de prevenção geral que lhe corresponde. Do ponto de vista, porém, da capacidade de motivação pela norma sancionatória, ela depende da capacidade individual de motivação e da totalidade dos pressupostos da norma penal, que incluem os pressupostos da culpa, sendo para a prevenção geral indiferente a consideração doutrinária da capacidade individual na ilicitude (como quer a doutrina individualizadora) ou na culpa (como quer a doutrina generalizadora)²²⁰.

Em quarto lugar, STRATENWERTH trata de um grupo de objecções que se baseiam na exigência de um “facto ilícito” como um dos pressupostos, seja de medidas de segurança do Código Penal alemão (proibição de profissão, §70, internamento em hospital psiquiátrico, §63, internamento em clínica de desintoxicação, §64, cassação da carta de condução, §69, seja do tipo de crime de embriaguês, § 323 a). Segundo o §11, secção 1, n.º 5 do Código Penal alemão, tal

²²⁰ Cf. STRATENWERTH (1985), 293-297, que procurámos sintetizar no texto.

facto ilícito deverá realizar o tipo de uma lei penal. Ora, entendem os críticos que as sanções ordenadas nesses casos não podem deixar de estender-se a factos que não eram concretamente evitáveis segundo as capacidades individuais do agente. STRATENWERTH, acompanhado de outros defensores do critério individualizador como JAKOBS e SAMSON²²¹, responde que o conceito de facto ilícito nos preceitos citados tem de interpretar-se diferenciadamente segundo os fins de cada preceito²²².

Finalmente, STRATENWERTH aborda a questão das capacidades especiais. Surge aqui o argumento de que a individualização das exigências de cuidado, uma vez que conduz a obrigar o especialmente capaz a constantes prestações máximas, poderia acabar por impedir a aquisição de tais capacidades. Haverá aqui, segundo STRATENWERTH, uma diferença importante a estabelecer entre a espécie e a medida de cuidado que deve, em regra, aplicar-se a um determinado comportamento e as exigências de cuidado numa situação concreta de perigo. Quanto ao primeiro ponto, para qualquer das doutrinas em confronto a prestação da pessoa que está obrigada ao cuidado depende da espécie e medida do risco que lhe é permitido ou não criar para bens jurídicos alheios. A regulação de uma actividade como o tráfego rodoviário tem também o sentido de permitir certos riscos. O condutor normalmente capaz pode esperar resolver os seus problemas de trânsito se observar a velocidade permitida, pelo que não se lhe requer as capacidades especiais que permitiriam evitar os mesmos perigos a velocidades maiores. Nenhum problema se levanta aqui para os especialmente dotados. Mas a referência para o que é possível para o especialmente capaz não pode ser determinante perante o perigo concreto de verificação do resultado típico. Quem pode evitar chocar com um peão colocando-se em risco de derrapagem tem de o fazer se, como piloto de ralis, pode controlar o veículo em derrapagem. Não pode invocar que um condutor médio sofreria provavelmente um acidente mortal.

²²¹ SAMSON (1989).

²²² Não cabe aqui desenvolver esta polémica, que se situa fora da dogmática da negligência e que só indirectamente a afecta.

A posição de STRATENWERTH sobre os elementos pessoais do dever de cuidado não seria, contudo, adequadamente exposta sem referir a sua defesa da proposta legislativa do Projecto Alternativo da Parte Geral do Código Penal alemão que prevê a despenalização do comportamento limitadamente (*geringfügig*) negligente. Tem-se aqui em vista aqueles casos, sobretudo frequentes em acidentes de viação, em que não se pode afastar a dúvida sobre a inevitabilidade do comportamento. Com efeito, “ninguém poderá afirmar com segurança, a respeito de meras desatenções, nas quais incorrem inclusivamente pessoas conscientes e cuidadosas, se no caso concreto se trata de um descuido evitável ou se o mesmo pertence àquela quota de erros que não se podem eliminar apesar de todos os esforços. Se estas afirmações fossem consideradas seriamente, ficaria excluída a possibilidade de sanção da culpa leve, da mera desatenção ou falsa reacção. A dúvida sobre a inevitabilidade do comportamento errado não se pode afastar. Só o comportamento indiferente, leviano, desconsiderado pode ainda ser penalmente sancionado”²²³. STRATENWERTH considera esta solução justificada dogmaticamente, tendo em vista o sentido e o fim da pena, que se deveria limitar a ofensas graves contra normas sociais. “Contra comportamentos errados que podem ocorrer mesmo com a mais alta medida de esforço consciente, é impotente o direito penal. A ameaça penal pode, quando muito, ter como efeito que cada um não se comporte de modo indiferente, leviano ou desconsiderado. Se vai além disso, se mesmo o mais consciencioso dos condutores terá que dizer para si que nunca pode estar seguro de não ser punido por negligência, então a pena perde a sua força impressiva de prevenção geral: é deixado ao acaso quem a mesma atinge”²²⁴.

²²³ STRATENWERTH (2000), §15 n.º 55.

²²⁴ STRATENWERTH (2000), §15 n.º 56. Note-se que STRATENWERTH deixa cair na quarta edição a qualificação (nas edições anteriores) desta tese como sendo apenas “de política criminal”, como correcção da tendência jurisprudencial para não distinguir de entre os casos em que o autor é em geral capaz de agir. Estas considerações são hoje expendidas por STRATENWERTH a propósito da culpa na negligência. Mas é bom de ver que na lógica da sua própria doutrina a paucidade da culpa deriva aqui da pouca ou nenhuma gravidade do ilícito, em vista da incapacidade “instrumental” e não “ética” de agir diferentemente.

2.7. Os “Estudos” de JAKOBS sobre a negligência de 1972

Já ARMIN KAUFMANN e STRATENWERTH tinham partido da teoria das normas e do valor para introduzir modificações e desenvolvimentos na ontologia fenomenológica da acção finalista de WELZEL, mas, de entre os principais alunos deste, nenhum foi tão longe como JAKOBS na tentativa de integração da teoria do crime numa teoria mais geral da norma jurídica e do direito penal em particular. Nos *Estudos sobre o Crime Negligente de Resultado*, de 1972²²⁵, o ponto de partida é o de que o direito, enquanto sistema de frases cujo objectivo é evitar resultados, só pode ter efeito através da influência que pode exercer sobre a motivação dos seus destinatários²²⁶. A eficácia do direito depende do poder de influenciar a motivação do agente e, nessa medida, é limitada pela realidade, pelas forças físicas e intelectuais²²⁷. Por outro lado, as normas jurídicas não descrevem mas prescrevem, são modelos de orientação a seguir²²⁸. O problema do destinatário da norma integra-se como parte do problema do fim da norma no problema do conteúdo da norma. Com efeito, o conteúdo da afirmação que é usada para fins não pode ser concretizado sem olhar para a pessoa sujeita à norma, na medida em que não pode ir além da sua capacidade para cumprir²²⁹. Diz JAKOBS que “para esclarecimento das particularidades dogmáticas da negligência tem de se descrever o conteúdo de dois níveis da lei penal: o nível da norma jurídica que é emitida pelo legislador para evitar determinados resultados pelo seu efeito sobre a motivação (norma de comportamento), e o nível da norma jurídica que sob o ponto de vista do fim da pena ajuíza sobre o funcionamento da primeira (determinação dos pressupostos da sanção, norma de sanção)”²³⁰. Trata-se aqui, segundo JAKOBS, de uma “interpretação funcional da lei penal”, que

²²⁵ JAKOBS (1972).

²²⁶ JAKOBS (1972), 1.

²²⁷ JAKOBS (1972), 2.

²²⁸ *Ibidem*.

²²⁹ JAKOBS (1972), 9.

²³⁰ JAKOBS (1972), 16.

fornece critérios sistemáticos que permitem definir validamente conceitos dogmáticos auxiliares como “tipo” e, especialmente, “ilicitude”²³¹.

Dada a centralidade da motivação nos seus pressupostos normativos, JAKOBS procura recolher os contributos da psicologia²³² acerca da influência dos motivos, dos impulsos, da consciência e da vontade no comportamento humano, reconhecendo que “não teria sentido investigar a relevância jurídica de um modelo de motivação que é contrariado pelos conhecimentos da psicologia”²³³. Na verdade, o direito só pode ser eficaz na medida em que pode influenciar a motivação de cada um e na medida em que através dessa influência se podem evitar resultados. Se o direito deve existir para evitar resultados, a motivação tem não só de causar o resultado como, também, de o condicionar de forma relevante, para ser um ponto de conexão para a norma. Aqui distingue JAKOBS os casos de comportamento impulsivo em que o comportamento se segue imediatamente ao impulso, sem necessidade de intervenção directiva do sujeito, e os casos de direcção activa. Entre os primeiros surgem, a par da acção instintiva, as acções da experiência ou habituais, em que o comportamento é impulsionado por necessidade associativa. Quando a acção automática se torna consciente pode – mas não tem de – intervir um elemento directivo²³⁴.

O conceito de direcção (*Steuerung*), quer do comportamento, quer das suas consequências, é precisado por JAKOBS em conexão com o de evitabilidade. JAKOBS considera inultrapassáveis as objecções a admitir que haja direcção de consequências por um sujeito, quando “um sujeito modificado de certo modo teria evitado as consequências”²³⁵. A direcção seria então confundida com a probabilidade de evitar e com a imputação do comportamento. O conceito de direcção designa a possibilidade de que um comportamento que acarreta determinadas consequências tenha sido querido e de que na hipótese de uma

²³¹ *Ibidem*.

²³² JAKOBS apoia-se em psicólogos de influência fenomenológica da geração de WELZEL: LERSCH, ROHRACHER e THOMAE.

²³³ JAKOBS (1972), 28.

²³⁴ JAKOBS (1972), 29-30.

²³⁵ JAKOBS (1972), 35.

motivação dominante dirigida para evitar estas consequências teria sido evitado. Tudo isto, aliás, sem implicar uma probabilidade psicológica, uma liberdade de alternativa, ou uma correcção ou incorrecção da motivação real. Trata-se apenas da declaração de que “o acontecimento pertence ao sujeito como facto próprio”, na expressão de WELZEL, mas não da valoração dessa pertença²³⁶. Contudo, só quanto às consequências acessórias, isto é, não intencionadas, se torna mais problemática a ligação à motivação e, portanto, à direcção delas (ou, num conceito lato de vontade, à vontade delas)²³⁷. É neste contexto que o conceito de evitabilidade se torna essencial.

Quanto ao dolo considera JAKOBS que “nenhum resultado é dirigido porque é querido, mas sim porque como resultado querido é evitável; da mesma forma nenhum resultado é conscientemente dirigível porque é previsto, mas porque é previsto como resultado evitável. O objecto do conhecimento relevante para o dolo é, portanto, a evitabilidade do resultado [...]. A característica da evitabilidade de que um resultado não se teria verificado se houvesse motivação dominante para o evitar, contém uma hipótese sobre uma situação de facto psíquica e as suas consequências. A hipótese é construída de maneira que se pressupõe como motivo dominante evitar o resultado previsto. Os conceitos nomeados são portanto pré-jurídicos, naturais; não é preciso recorrer a uma norma jurídica (ou a outra valoração) para os construir”²³⁸.

Passando à negligência, é na hipótese de uma motivação dominante dirigida para evitar resultados que se podem evitar mesmo as consequências acessórias não previstas. Se um sujeito, por causa dessa motivação dominante, tivesse previsto as consequências acessórias, teria evitado o comportamento. Pressupõe-se aqui que o agente aplica racionalmente o motivo dominante e se comporta coerentemente. Ninguém pode querer evitar as consequências de um comportamento que não são ainda conhecidas como tais. O motivo não visa, porém, evitar apenas consequências já conhecidas, mas sim todas as

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ JAKOBS (1972), 36.

²³⁸ JAKOBS (1972), 39.

consequências conhecíveis de certa espécie. É certo que encontra um limite da sua eficácia nas consequências incognoscíveis; esgota, porém, completamente o domínio do cognoscível. O motivo de evitar resultados não pressupõe o conhecimento deles, mas é ele próprio o impulso para alcançar o conhecimento de consequências como pressuposto psíquico de evitá-las. Só está satisfeito quando está assegurado, com a certeza subjectivamente possível, que se evitam os resultados. Na hipótese de existir esse motivo dominante, as consequências acessórias ou são cognoscíveis pelo sujeito e, portanto, evitáveis ou não são cognoscíveis para o sujeito e são, portanto, inevitáveis²³⁹.

O conceito de evitabilidade garante assim para JAKOBS a unidade sistemática do dolo e da negligência: “o ponto de conexão originário das normas orientadas para evitar certas consequências não são o conhecimento e vontade das consequências, mas a evitabilidade das consequências. Deste modo, o domínio global das consequências evitáveis de um comportamento divide-se: nas consequências actualmente dirigidas (consequências intencionadas) e nas consequências apenas susceptíveis de direcção; de entre estas últimas, as consequências conscientemente ‘dirigíveis’ (simplesmente dolosas) têm de comum com as actualmente dirigidas a consciência de direcção. Em todas estas consequências – as susceptíveis de direcção e as dirigidas – está o sujeito actualmente disposto de tal modo que, havendo um motivo dominante de evitar, não seria realizado o comportamento causador de consequências. A unidade do crime doloso e negligente, portanto, não desapareceu nem consiste num casamento forçado, mas numa característica que é ao mesmo tempo ponto de partida de normas jurídicas finalísticas: na evitabilidade. A relevância da motivação para as consequências do comportamento, a evitabilidade natural, forma um limite inultrapassável para um sistema jurídico que visa evitar determinadas consequências”²⁴⁰. O facto de dolo e negligência terem como ponto comum a evitabilidade não implica que haja unidade da norma que visa evitar o resultado evitável nos dois casos. O direito proíbe a produção dolosa de

²³⁹ JAKOBS (1972), 42-44.

²⁴⁰ JAKOBS (1972), 47.

determinados resultados evitáveis em geral e a sua produção negligente só em certos casos.

JAKOBS é ainda levado a precisar o conceito de evitabilidade em relação com o da ilicitude. O ponto de partida é a tese da lógica das normas de que o dever é limitado pelo poder. Por consequência, um critério objectivo, como quer que ele seja configurado, ultrapassa o limite da evitabilidade concreta²⁴¹. Escreve JAKOBS: “Se a norma de comportamento se concretiza de modo a que o autor individual deve evitar determinados resultados que ele pode evitar, então o dever de evitar é constituído pelo poder conhecer do agente – independentemente do seu motivo de evitar. Esta cognoscibilidade (ou conhecimento dado) não se relaciona, porém, com algo normativo, a norma de comportamento, mas com a verificação do resultado”²⁴². Conhecimento ou cognoscibilidade da verificação do resultado são pressupostos da norma. Mas o motivo de evitar determinado resultado não pode ser pressuposto pela norma de comportamento, uma vez que é precisamente fundamentado por ela. O motivo dominante de evitar o resultado é a parte constitutiva de todo o cuidado, exigida normativamente e nessa medida objectiva, independente da sua presença real em cada sujeito. Neste contexto fala JAKOBS da evitabilidade como “a força hipotética de um motivo de evitar”²⁴³. Do nosso ponto de vista, contudo, este modo de dizer pode causar alguma perplexidade. Com efeito, o que é hipotético e exigido pela norma é a dominância do motivo de evitar. Pressuposto da norma é o poder de evitar, que implica o poder ou força actual e não hipotética de tornar dominante o motivo de evitar, que se verifica com a cognoscibilidade para o sujeito de que a evitação do resultado está no seu actual poder.

Tal como STRATENWERTH, JAKOBS está de acordo com a tese geral de ARMIN KAUFMANN sobre a limitação da norma pelo poder concreto, que pressupõe, do destinatário, mas afasta-se dele, bem como de WELZEL, quando estes dizem que o princípio *ultra posse nemo obligatur* só vale para comandos –

²⁴¹ JAKOBS (1972), 65.

²⁴² JAKOBS (1972), 64-65.

²⁴³ JAKOBS (1972), 49, 64.

porquanto as proibições são satisfeitas por omissão e omitir todos podem, sendo nesse caso possível determinar o cuidado independentemente da capacidade de entendimento e de motivação do indivíduo. Responde JAKOBS que “com o motivo de omitir determinada acção só pode omitir essa determinada acção aquele que pode reconhecer a sua acção projectada como uma acção assim determinada. Mesmo se a capacidade *física* de omitir uma determinada acção é dada a todos não pode qualquer um, suposto que tem capacidade de motivação, omitir acções descuidadas, mas só quem pode reconhecer individualmente a falta de cuidado do seu agir”²⁴⁴. JAKOBS acrescenta ainda que este modelo que desenvolve “é aparentado com a concepção originária de negligência de WELZEL”²⁴⁵. Refere-se aqui à concepção, que atrás estudámos, dos “Estudos para o sistema de direito penal” de 1939. A diferença entre os dois limitar-se-ia ao ponto em que WELZEL liga a possibilidade de evitar não apenas à força de um motivo de evitar, mas ainda à evitabilidade com o sentido de uma violação do direito, pelo que culpa e ilícito coincidiriam inseparavelmente na negligência. Mas ao divergir do mestre, JAKOBS entende ainda manter na negligência a distinção de WELZEL entre a vontade como elemento de direcção do processo determinativo da produção do resultado e a vontade como elemento da escolha valorativa subjectiva. Esta distinção já postularia, segundo JAKOBS, a que ele próprio faz, com argumentos lógico-normativos, considerando no ilícito (na norma de comportamento) a negligência natural – portanto, a evitabilidade pela motivação para evitar –, e na culpa a carga de sentido ou de desvalor dessa motivação²⁴⁶. JAKOBS é assim conduzido a negar a doutrina de WELZEL e de ARMIN KAUFMANN, no sentido de que o tipo dos crimes negligentes é um tipo aberto, por deixar indeterminados os limites do dever de cuidado: “com a redução do cuidado ao motivo de evitar o resultado e com a individualização da evitabilidade, como aquilo que é dirigível para o autor concreto com o motivo de

²⁴⁴ JAKOBS (1972), 66.

²⁴⁵ JAKOBS (1972), 70.

²⁴⁶ JAKOBS (1972), 70-71, fala na “separação, já postulada por WELZEL, entre a evitabilidade e a sua valoração jurídica”. Mas uma vez que há também valoração jurídica no ilícito e não apenas na culpa, haveria que ter como segundo termo da separação a opção ou atitude valorativa do agente.

evitar o resultado, surge uma norma que já não precisa do seu completamento através de uma cláusula geral: é fechada”²⁴⁷. Daqui conclui JAKOBS, quanto aos pressupostos cognitivos do dever de cuidado, “que decisivo não é saber se a partir de um estado de conhecimento potencial se pode conhecer o perigo de ofensa, mas sim saber se, a partir do estado de conhecimento actual com o motivo de evitar o resultado, resulta a necessidade de actualizar mais outro conhecimento ou – em imediato cumprimento da proibição – de omitir a acção planeada”²⁴⁸. Isto não quer dizer, nota ainda JAKOBS, “que o desatento é premiado; numa situação que exija atenção a sua falta condiciona já o perigo. Mas se a necessidade de atenção é irreconhecível, então também o atento não sabe que deve e a que deve prestar atenção”²⁴⁹. JAKOBS é assim levado a determinar o conceito de “ocasião de evitar um resultado juridicamente reprovado” como um certo estado de conhecimento: uma vez que o motivo de evitar o resultado deve ser o efeito da norma de comportamento, pode designar-se, no âmbito dessa norma, o estado de conhecimento que pondo a trabalhar o motivo de evitação conduz à percepção de que a acção que se tem em vista é de omitir por causa da evitação do resultado (ou nos crimes omissivos: é de realizar uma determinada acção por causa da evitação do resultado) como *ocasião* da motivação correcta²⁵⁰.

JAKOBS reconhece ainda que nas reacções automáticas, particularmente frequentes na condução automóvel, a determinação dos pressupostos da ilicitude tem especial dificuldade. Neste ponto vê-se obrigado a afastar-se novamente do último WELZEL. É certo que também este não nega a susceptibilidade de direcção das reacções automáticas, que, segundo o seu conceito de acção, não são, em si, consideradas como tal. JAKOBS recorre, porém, a uma prévia acção final consciente. Aqui a direcção do comportamento com o fim de evitar ofensas só pode consistir em evitar essas situações. Na falta de direcção trata-se,

²⁴⁷ JAKOBS (1972), 83.

²⁴⁸ JAKOBS (1972), 85.

²⁴⁹ JAKOBS (1972), 87.

²⁵⁰ JAKOBS (1972), 87.

portanto, segundo o autor, de negligência ou de dolo na aceitação²⁵¹. Acontece, porém, considera JAKOBS, que em determinadas situações a necessária formação da vontade não pode ser substituída por uma direcção antecipada. Não só há uma direcção errada quando se aceita uma tarefa sem um motivo de evitar ofensas, mas também quando depois da aceitação se abandona esse motivo. “O condutor, por exemplo, que arranca com gelo na estrada e que tem a intenção de acelerar e travar de modo conscientemente suave, tem de transformar voluntariamente os seus automatismos normais de arranque quando se acende o sinal verde. Se arranca automaticamente e, portanto, demasiado depressa para a situação concreta e causa ferimentos com a derrapagem, isso ainda seria para ele evitável na situação concreta com o motivo para o comportamento correcto”²⁵². Temos aqui reflexos e reacções automáticas que podem ser reprimidos, embora não de modo puramente motivacional mas por meio de actividade corporal, “especialmente por meio de uma contracção das partes musculares prontas a reagir”. O limite do controlável varia, porém, segundo as capacidades do sujeito. No exemplo de JAKOBS: “o praticante de *yoga* pode mais do que um jovem impulsivo”²⁵³.

Coloca-se, no entanto, aqui um problema sistemático: se as reacções automáticas são consideradas acções porque, embora falte uma vontade de acção, são evitáveis, então temos que admitir acções involuntárias; se são consideradas omissão, temos de admitir comandos que não visam a formação de uma vontade de acção, mas a mera neutralização de impulsos. Haverá, portanto, que alargar o conceito de acção de modo a abranger os automatismos ou que admitir comandos que não tem acções como objecto. JAKOBS opta, neste caso, pelo primeiro termo da alternativa: “Se a finalidade não é considerada juridicamente relevante como facto psíquico, mas como característica de uma forma de evitabilidade, então também a classificação dos automatismos inconscientes como comissão pode ter lugar, uma vez que, tal como as acções, são evitáveis com o motivo de evitar o

²⁵¹ JAKOBS (1972), 77.

²⁵² JAKOBS (1972), 77-78.

²⁵³ JAKOBS (1972), 79.

resultado, sem que se forme uma vontade de acção. Esta classificação é pedida também por razões de praticabilidade. Nos automatismos no tráfego rodoviário, domínio especialmente relevante para o direito penal, não temos sempre casos igualmente estruturados, mas modos de comportamento que vão desde reacções inconscientes até estados de consciência desperta, passando por estados semi-inconscientes”²⁵⁴. Os automatismos, portanto, são evitáveis, na medida em que são finalisticamente transformáveis em, ou substituíveis por, acções de controlo dos mesmos²⁵⁵. Não nos parece, porém, que JAKOBS tenha demonstrado a necessidade da profunda modificação do conceito de acção finalista para dar conta da relevância penal dos automatismos negligentes. “A contracção das partes musculares prontas a reagir” pode entender-se como apenas um meio, dirigível pela vontade, de sobredeterminar causalmente a evitação do resultado, pelo que nenhuma modificação do conceito de acção finalista surge como indispensável.

Por outro lado ainda, JAKOBS acompanha o pensamento inicial de WELZEL ao considerar os elementos do sujeito em concreto já relevante em sede de ilicitude e não apenas em sede de culpa. Mas afasta-se do distanciamento de WELZEL relativamente ao pensamento de ENGISCH a partir de 1947, uma vez que, ao contrário daquele, não considera que na negligência, ou pelo menos na negligência inconsciente, é impossível distinguir entre pressupostos da ilicitude e da culpa. Para JAKOBS a situação de facto culposa é, em comparação com a situação de facto ilícita, simultaneamente mais abrangente e mais estreita. Se, por um lado, exige, em acréscimo à situação de facto ilícita, um conhecimento da norma pelo menos potencial, mais precisamente condicionado pelo motivo de acatar uma norma desse conteúdo, por outro lado, renuncia à confirmação pela realidade da potencial representação do resultado. Uma vez que a matéria da culpa não abrange toda a matéria da representação e, pelo contrário, se satisfaz com os elementos relevantes para a motivação, a situação de facto culposa está

²⁵⁴ JAKOBS (1972), 80.

²⁵⁵ JAKOBS (1972), 81-82.

verificada com a presença dos elementos que desse ponto de vista seriam também relevantes no caso de uma tentativa acabada²⁵⁶.

A limitação da teoria de JAKOBS ao paradigma motivacional, tanto em sede de ilicitude como de culpa (o direito só pode influenciar através da motivação), explica a diferença de tratamento do caso referido por WELZEL do condutor que, numa situação de perigo repentina de que não teve culpa, não recorre, por terror, confusão ou paralisção, ao meio adequado para evitar o perigo. Enquanto para WELZEL se trata de uma hipótese típica de inexigibilidade, para JAKOBS tratar-se-á antes de falta de acção, se o movimento por terror ou paralisção forem mero reflexo²⁵⁷. Já no caso do médico que por falta de estudo suficiente na universidade mata o doente com o tratamento, em que o último WELZEL entende relevante o nível de formação que o médico deveria possuir dada a sua posição social²⁵⁸, entende JAKOBS, na esteira de ENGISCH, que, não derivando do tipo um dever de estudo na universidade, só haverá negligência por aceitação da actividade²⁵⁹.

2.8. O ultrafinalismo de ZIELINSKI e a tese de irrelevância do desvalor de resultado na negligência

Uma doutrina que pretende levar o finalismo às últimas consequências, ao ponto de contrariar muitas das posições geralmente aceites pela dogmática, inclusivamente dos autores finalistas anteriormente tratados, é a de ZIELINSKI, discípulo de ARMIN KAUFMANN. Segundo ZIELINSKI a tese essencial da doutrina finalista é a de que o fundamento decisivo da valoração jurídica da ilicitude está na finalidade; isto é, na relação estabelecida entre o resultado e a pessoa que o causa, através da específica capacidade do autor de visar intencionalmente fins (valiosos ou desvaliosos). Daqui retira aquele autor a consequência de que o desvalor de resultado traduzido na ofensa do bem jurídico

²⁵⁶ JAKOBS (1972), 139.

²⁵⁷ WELZEL (1969), 183 e JAKOBS (1972), 147.

²⁵⁸ WELZEL (1969), 176.

²⁵⁹ JAKOBS (1972), 151.

só pode fundar o desvalor da acção através do desvalor do fim visado pelo autor com essa acção²⁶⁰. Com esta última tese ZIELINSKI implica que só a finalidade é objecto, base ou critério da valoração da ilicitude, pelo que esta não depende do resultado. Em última análise, a mesma tese implica também que só o projecto da acção é relevante para fundar a ilicitude, pelo que o próprio elemento objectivo da acção também teria de ser considerado irrelevante. Esta última tese não é defendida, pelo menos claramente, por ZIELINSKI, mas pode ser usada contra ele, porque implica a negação da unidade objectiva e subjectiva da acção como sobredeterminação final da causalidade, acentuada por WELZEL. ZIELINSKI defende, por consequência, que o desvalor do resultado é irrelevante para a ilicitude, quer no crime doloso, quer no crime negligente, e que a própria acção negligente inconsciente é uma acção dolosa não descrita no tipo. A negligência inconsciente distingue-se assim, quer do dolo, quer da negligência consciente. Aquela não é mais do que dolo condicional ou indirecto: não há nenhuma possibilidade, ao nível do ilícito, isto é sem recorrer a elementos motivacionais, de distinguir entre estas duas figuras²⁶¹. Na primeira formulação na sua tese de doutoramento de 1973: “o problema dos crimes cometidos com negligência inconsciente reside exclusivamente na configuração da norma, em descobrir e descrever as acções perigosas proibidas pelo tipo, que só não serão proibidas quando se proceda a providências de segurança que afastam o perigo”²⁶². Tais providências de segurança constituem aquilo que ZIELINSKI chama “o componente sem o qual” o comportamento é proibido, componente esse que é um “elemento do dever jurídico”²⁶³ e cuja falta contribui para fundamentar o ilícito negligente, que só abrange acções abstractamente perigosas. A realização de providências de segurança que são adequadas para afastar o perigo abstracto, afasta também, quando é abrangida pela finalidade do agente, o desvalor de acção do ilícito. O nexa finalístico desvalioso é, portanto, apenas integrado pela situação abstractamente perigosa. Quando a situação de facto deixa de ser

²⁶⁰ ZIELINSKI (1973), 154.

²⁶¹ ZIELINSKI (1973), 168.

²⁶² ZIELINSKI (1973), 191.

²⁶³ ZIELINSKI (1973), 179 e ss.

abstractamente perigosa pela realização de providências de segurança, e esta última é abrangida pela finalidade, altera-se o objecto do nexo finalístico que deixa de ser desvalioso, do ponto de vista do desvalor de acção do ilícito²⁶⁴. Diz ZIELINSKI que “o resultado não tem no delito negligente uma relevância diferente da que tem no crime doloso”²⁶⁵, mas poderia acrescentar que para si não é nenhuma, tanto assim que, também por consequência, afirma logo a seguir que: “a distinção entre violação do objecto do bem jurídico e colocação em perigo do objecto do bem jurídico é tão irrelevante para o ilícito do crime negligente como a distinção entre tentativa e crime consumado no crime doloso”²⁶⁶.

Estas posições de ZIELINSKI foram desenvolvidas em 1990 em comentário ao Código Penal alemão²⁶⁷. Aí refere que “o autor negligente não omite prestar o cuidado comandado mas viola a proibição de praticar²⁶⁸ a acção perigosa para o bem jurídico”. Objectos de proibições são só acções com base em conhecimento: “A norma que proíbe o comportamento negligente – diz ZIELINSKI – tem por isso que ter como objecto o projecto da acção que deve ser omitido”²⁶⁹. Mas, como na acção negligente o autor não conhece as consequências do seu projecto de acção, só se pode falar em “evitabilidade do risco” na forma de um juízo sobre as possibilidades de conhecimento do autor. A prognose do risco é, assim, dependente do âmbito do conhecimento sobre os factores de risco que estão presentes. Isto é, uma prognose do risco objectiva, no sentido de verdadeiro ou falso, não existe. Ela tem de ser sempre, para este autor, relativa ao estado do conhecimento do autor. A situação de risco relevante para a prognose de perigosidade é unicamente aquele recorte da realidade a que se refere a acção; isto é, aquelas circunstâncias que o autor conhece. Todos os factores de risco conhecidos pelo agente entram na prognose da perigosidade. Nessa medida, para ZIELINSKI, pode falar-se de um tipo subjectivo nos crimes negligentes, que se

²⁶⁴ ZIELINSKI (1973), 182-183.

²⁶⁵ ZIELINSKI (1973), 191

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ ZIELINSKI (1990), § 15,16, n.º 82 e ss.

²⁶⁸ ZIELINSKI (1990), § 15,16, n.º 88. Por lapso manifesto, o texto diz aqui “omitir” em lugar de praticar.

²⁶⁹ *Ibidem*.

refere apenas ao recorte relevante para o tipo daquelas condições de um resultado representadas como existentes objectivamente pelo autor.

Para ZIELINSKI uma norma só pode motivar o agente a omitir uma acção perigosa através da descrição do projecto de acção representado pelo autor. Assim, por exemplo, o §316, secção 1, do Código Penal alemão, proíbe a acção homicida negligente enquanto proíbe a condução automóvel dolosa em estado de incapacidade de conduzir. O crime negligente é aqui transformado num simples crime de perigo abstracto; isto é, num mero crime de desobediência²⁷⁰. A cognoscibilidade pelo agente da perigosidade concreta dessa acção é assim, devermos concluir, irrelevante para a violação do dever de cuidado (para a ilicitude, portanto).

Do que dissemos até agora decorre ainda que a interpretação de ZIELINSKI se afasta de uma teoria objectiva da negligência, na medida em que considera como objecto da valoração da ilicitude exclusivamente a acção do agente e o conhecimento do mesmo acerca da situação como situação de risco, e não a situação tal como ela seria perceptível por um observador objectivo. A base do conhecimento relevante corresponde, portanto, aos critérios da teoria individual da negligência.

Contra o sustentado por esta última teoria, porém, ZIELINSKI não considera a evitabilidade individual no sentido de previsibilidade da causação do resultado, ou seja, no sentido de prognose individual de perigosidade concreta. Com efeito, as questões de saber se uma acção é abstractamente perigosa e como se mede o risco que esta proíbe decidem-se, para este autor, objectivamente²⁷¹. Daqui resulta a tomada de posição de ZIELINSKI quanto à chamada negligência na aceitação: “uma vez que a questão da violação do cuidado pode ser colocada quanto a qualquer acção e que a sua resposta depende sempre apenas da capacidade de domínio do risco do agente, a negligência na aceitação não é um caso especial mas um conceito supérfluo. A aceitação de realização de uma

²⁷⁰ ZIELINSKI (1990), § 15,16, n.º 93.

²⁷¹ ZIELINSKI (1990), § 15,16, n.º 95.

operação por um médico que não conhece esse método de operar é – porque perigosa de forma socialmente inadequada – proibida e constitui, portanto, uma acção negligente. Isto vale para qualquer acção de aceitação quando a sua omissão for a única possibilidade de evitar um risco não permitido”²⁷².

Do mesmo modo, “a questão da consideração do saber especial do autor revela-se um pseudoproblema, tal como o tratamento do subqualificado relativamente à média. Uma vez que há que julgar o *seu* projecto de acção, releva apenas a *sua* representação. Todos os factores de risco conhecidos pelo agente entram na prognose da perigosidade; isto é, na valoração da violação do cuidado, e todas as circunstâncias de facto desconhecidas do autor ficam por considerar. Nesta medida, é correcto falar, também nos crimes negligentes, de um ‘tipo subjectivo’, que se refere ao recorte relevante para o tipo daquelas condições de um resultado, representadas como existentes objectivamente; recorte do qual, segundo a valoração da ordem jurídica, provém um perigo intolerável (um risco não permitido)”²⁷³.

Estes desenvolvimentos de ZIELINSKI tornam claro que o mesmo reduz toda a acção penalmente relevante, incluindo a acção negligente inconsciente, à acção dolosa e, nesta, reduz o objecto de valoração da ilicitude ao projecto de acção. Implica assim não só a total desconsideração do desvalor do resultado, mas a própria irrelevância para o desvalor da acção de elementos da situação do facto que justificadamente se tem entendido integrarem o critério, base ou fundamento deste desvalor, como sejam a evitabilidade para o agente do resultado e a correlativa cognoscibilidade para este do perigo.

Esta redução contraria não só a linguagem vulgar, a intenção do legislador e a doutrina dominante, como representa a obliteração de aspectos essenciais da própria doutrina finalista da acção. Com efeito, o direito faz exigências às pessoas não apenas na medida do que elas actualmente sabem, mas também na medida do que elas podem fazer ou omitir, embora este último poder dependa do

²⁷² ZIELINSKI (1990) § 15,16, n.º 91.

²⁷³ ZIELINSKI (1990) § 15,16, n.º 92.

conhecimento ou da cognoscibilidade pelo agente de determinadas situações de facto e de determinadas leis causais. O agente configura livremente não só os seus projectos de acção, mas também as acções, as omissões e os resultados; numa frase, a configuração do mundo que resulta da execução de uns projectos e da não execução de outros, dentro do âmbito do que pode conhecer e do que pode fazer. Ora, estes últimos aspectos sempre estiveram presentes, de uma maneira ou de outra, em WELZEL e nos seus outros discípulos. As reduções de ZIELINSKI são, do nosso ponto de vista, injustificadas. A redução dos crimes de resultado por negligência inconsciente a crimes negligentes de perigo abstracto altera o objecto da incriminação, que não proíbe acções que o agente prevê como abstractamente perigosas, mas sim acções que o agente pode prever como concretamente perigosas. O médico que pratica uma operação de que desconhece o *modus operandi*, e de que resultou a morte, não é punido por conhecer a perigosidade em abstracto de operar nessas condições, que existe independentemente da produção ou não produção do resultado, mas é punido porque lhe era previsível o concreto resultado que se verificou.

2.9. A neutralidade da construção do tipo subjectivo na negligência inconsciente na doutrina finalista de STRUENSEE

A última formulação da doutrina de ZIELINSKI no *Alternativkommentar* já foi claramente influenciada pelo anterior estudo de STRUENSEE de 1987 sobre “O Tipo Subjectivo do Crime Negligente”²⁷⁴. STRUENSEE pretende, como ZIELINSKI, levar às últimas consequências uma teoria do ilícito, que chama “pessoal” e que considera implicada pela teoria da acção finalista. Como ZIELINSKI, considera que o desvalor do ilícito só pode ser determinado *ex-ante* com base no projecto de acção; é simples desvalor de acção. É, para este autor, certo que o desvalor de acção só existe na medida em que a acção visa realizar intencionalmente um desvalor de situação de facto (*Sachverhaltsunwert*). Este último, porém, só é relevante enquanto objecto da intenção, na medida em que contribui para definir esta última, que é o verdadeiro elemento constitutivo do

²⁷⁴ STRUENSEE (1987).

desvalor da acção²⁷⁵. Estes conceitos aplicam-se sem dificuldade ao dolo. STRUENSEE entende que eles devem aplicar-se igualmente ao crime negligente, que terá por isso a mesma estrutura, ao nível da ilicitude, que o crime doloso. A diferença reside em que “o resultado legalmente descrito está mais longe da fundamentação do ilícito do que no crime doloso, porque entre ele e o desvalor de acção se encontra o outro procurado desvalor da situação de facto”²⁷⁶. STRUENSEE retoma aqui a doutrina de ARMIN KAUFMANN, segundo a qual a lei penal não descreve a situação de facto que no crime negligente baseia o desvalor do ilícito e que, por isso, se tem de procurar: “A procurada situação de facto consiste numa determinada constelação de circunstâncias objectivas que são valoradas negativamente porque a ordem jurídica liga essas circunstâncias a prognose de uma possível ofensa ao bem jurídico (causação do resultado típico) e, portanto, proíbe a produção final de uma tal constelação. A possibilidade do resultado, ela própria não se torna elemento da descrição conceptual (conteúdo do conceito), mas permanece como um motivo da conjunção de factores que conduzem ao resultado”²⁷⁷. Não é, portanto, o resultado descrito na lei que integra a situação de facto que é objecto da “finalidade”, como acontece no crime doloso. O resultado é apenas o motivo da configuração pelo “legislador pensado” da outra situação de facto, que é um “síndrome de risco”, que ultrapassa os limites da tolerância e que é objecto do tipo subjectivo do crime negligente. O tipo subjectivo do crime negligente, que STRUENSEE faz equivaler à violação do cuidado, “consiste em que o agente conhece um recorte relevante para o tipo das condições do resultado verificado, um recorte do qual, segundo a valoração da ordem jurídica, provém um perigo intolerável (‘risco não permitido’)”²⁷⁸. STRUENSEE concorda assim com ZIELINSKI em considerar que também o crime negligente inconsciente não é mais do que um crime doloso que não está descrito tipicamente. STRUENSEE, na medida em que não coloca a falta das “providências de segurança” fora do nexu finalístico, considerando-as pelo contrário como

²⁷⁵ STRUENSEE (1987), 54.

²⁷⁶ STRUENSEE (1987), 58.

²⁷⁷ *Ibidem*.

²⁷⁸ STRUENSEE (1987), 60.

parte da situação de facto que é objecto do “dolo” da negligência, diz discordar do primeiro ZIELINSKI. Mas esta afirmação é duvidosa, uma vez que sendo a falta das providências de segurança um elemento negativo, é a consciência da realização dessas circunstâncias que exclui o nexu finalístico relevante tanto para ZIELINSKI como para STRUENSEE, pelo que também ZIELINSKI poderia dizer que a falta dessa consciência integra – de modo negativo – o nexu finalístico. Valem assim contra STRUENSEE as objecções anteriormente levantadas contra ZIELINSKI.

Em STRUENSEE torna-se particularmente claro o preço do abandono da ideia originariamente finalista de ligar o desvalor do ilícito ao poder do agente de controlar através da finalidade o processo causal e, portanto, os resultados desvaliosos desse processo. Ao abandonar toda a ideia de previsibilidade ou cognoscibilidade em concreto pelo agente, não só do resultado como da própria situação de facto perigosa, para se contentar com a mera consciência da situação de facto abstractamente perigosa, STRUENSEE não tem objecção dogmática à construção pelo “legislador pensado” de uma configuração do perigo abstracto tão abrangente que inclua não só casos de imprevisibilidade para o agente, como de imprevisibilidade para o mais sábio dos homens na situação do agente, isto é, casos excluídos já pela teoria da causa adequada. Assim, STRUENSEE considera inteiramente compatível com a sua doutrina a solução dada pelo *Reichsgericht* (RG 54,359) ao caso do hemofílico atingido por uma pedrada leve, em que se decidiu haver homicídio negligente, ao contrário do que seria o entendimento da teoria da causalidade adequada e da doutrina dominante da imputação objectiva. Tudo dependeria de uma “decisão legislativa” quanto ao recorte da situação que se considere objectivamente perigosa. A única objecção de STRUENSEE é a de que assim “com efeito, quando aparentemente não se exige o conhecimento das circunstâncias relevantes do risco, trata-se na verdade de recuar para outro desvalor da situação de facto e da acção e fundamentar a violação de cuidado

num outro perigo de resultado menos fundamentado; isto é, configurar uma norma mais pobre de elementos e desse modo mais rigorosa e abrangente”²⁷⁹.

Embora sem reparos de política legislativa deste último tipo, mas no mesmo sentido da acomodação dogmática da sua teoria a um alargamento da punibilidade, STRUENSEE acentua que a sua teoria dogmática não implica nenhuma restrição excessiva da punibilidade nos casos de negligência de conhecimento, em que não há conhecimento do perigo concreto por falta de conhecimento ou de cuidado interior. Será, por exemplo, o caso do condutor desatento que atropela uma criança que brinca entre os carros estacionados e que vem parar à faixa de rodagem, ou o caso do médico que causa a morte do paciente através de uma *overdose* de um narcótico cuja insuportabilidade se teria verificado por meio de uma investigação prévia. Haverá apenas que considerar – como faz ZIELINSKI – que STRUENSEE aqui invoca em seu apoio que a situação abstractamente perigosa é integrada pela falta das providências de segurança, que seriam, nos exemplos dados, a atenção do condutor e a prévia investigação do médico, que afastariam a incerteza que nesses casos fundamenta aquela perigosidade. Há que concluir que esta neutralidade da teoria dogmática relativamente ao recorte mais ou menos abrangente da situação abstractamente perigosa é uma fraqueza inadmissível da própria teoria. STRUENSEE fica desarmado perante opções – que considera legislativas – de objectivação do ilícito como na decisão do *Reichsgericht* sobre o hemofílico. É a última consequência de deitar borda fora, como fazem ZIELINSKI e STRUENSEE, um elemento axiológico essencial do finalismo: o domínio do facto como fundamentação do desvalor do ilícito.

²⁷⁹ *Ibidem*.

3. Caracterização da negligência segundo a teoria funcionalista de JAKOBS

3.1. A caracterização negativa da negligência como um “erro”.

Em vários textos da sua obra²⁸⁰, mas, de forma mais clara, por ocasião da publicação da segunda edição do *Tratado*, em 1992, JAKOBS começa por caracterizar negativamente a negligência como falta de conhecimento da realização do tipo, como um *erro*, no sentido de que nela se verifica uma divergência entre a representação do agente e a realidade. Esse erro pode, segundo este autor, assumir duas formas: “ou o agente nem sequer representa algo como real ou não”, situação que corresponde à negligência inconsciente, ou “representa positivamente algo como não real quando efectivamente o é”, situação que se verifica na negligência consciente. Para acentuar esta ideia de que mesmo na negligência consciente existe um erro, JAKOBS traz à colação a distinção com o dolo eventual que, para si, se situa apenas ao nível do elemento intelectual. Segundo JAKOBS, enquanto o dolo eventual cobre todas as hipóteses em que o autor representa a realização do tipo como não improvável, a negligência consciente verifica-se quando a realização do tipo é representada como improvável ou quando não houve sequer uma ulterior reflexão sobre a possibilidade dessa realização. Ora, esta constatação de que mesmo a negligência consciente se caracteriza, designadamente no que se refere à contraposição com o dolo eventual, ao nível do elemento intelectual – e, não, como hoje se afirma predominantemente, ao nível do elemento volitivo – reforça, segundo JAKOBS, a ideia de que nela se está ainda perante um erro – ou seja, perante uma situação de falta de conhecimento da realização do tipo ou de divergência entre a representação do agente e a realidade²⁸¹.

²⁸⁰ Cf., designadamente, JAKOBS (1989-2); JAKOBS (1993), 371, 377; JAKOBS (2004-2), 67 e ss.

²⁸¹ Há que reconhecer que também para quem defenda uma teoria volitiva da distinção entre dolo eventual e negligência consciente, haverá, nesta última, uma situação de erro, traduzida na ignorância de que na falta do comportamento devido se verificará o resultado. Mas o mesmo erro verifica-se também no dolo eventual. O erro que a teoria

A propósito desta caracterização negativa da negligência, JAKOBS afirma ainda que “caracterizar a ignorância como erro, i.e., como défice, só tem sentido quando o conhecimento significa algo para aquele que não sabe”, situação que, segundo este autor, não se verifica nas hipóteses, que designa como de “cegueira perante os factos”, de que é necessário distingui-la²⁸². Esta diferença é depois aprofundadamente desenvolvida em vários outros locais, no contexto da distinção entre defeitos cognitivos e volitivos e do diferente regime que para eles a lei estabelece²⁸³. A propósito desta questão JAKOBS começa por evidenciar que o funcionamento da norma pressupõe a realização quer de *prestações intelectuais* (“o autor deve poder conhecer a norma e a realidade, assim como um modo de as fazer confluir”), quer de *prestações volitivas* (“deve querer a dita confluência, no sentido de estar dominantemente motivado para procurar a sua realização”)²⁸⁴. Observa depois que, embora a realização de ambas as espécies de prestações seja igualmente necessária à “observância da norma e, nesse sentido, elas sejam equivalentes”²⁸⁵, o direito trata de uma forma diferente a inobservância de uma ou de outra. Com efeito, enquanto um defeito cognitivo conduz à inexistência ou atenuação da pena, um defeito volitivo apenas excepcionalmente conduzirá a esses resultados²⁸⁶. Exemplo do primeiro tipo de defeito, que nos interessa particularmente, verifica-se, segundo JAKOBS, precisamente nos casos de negligência, onde, mesmo quando, excepcionalmente, é punida, o é sempre em termos muito menos severos do que o comportamento doloso correspondente. Depois de evidenciar a diferença de tratamento, JAKOBS responde à questão de

intelectual da distinção considera relevante é relativo à probabilidade: na negligência consciente a realização do tipo é representada como improvável, ao passo que no dolo eventual não se verifica esse erro. Para a teoria volitiva este último erro é irrelevante para a distinção, podendo haver dolo eventual quanto a um resultado que se representa como improvável mas que se aceita.

²⁸² JAKOBS (1991), § 9 n.º 2 nota 1.ª.

²⁸³ JAKOBS (1989-2), 127-146; JAKOBS (1993); JAKOBS (2004-2) e JAKOBS (2004-1), 189 e ss.

²⁸⁴ JAKOBS (1989-2), 133; JAKOBS (1993), 367.

²⁸⁵ JAKOBS (1989-2), 133; JAKOBS (1993), 367.

²⁸⁶ JAKOBS tem, contudo, o cuidado de explicar que esta distinção traduz uma simplificação, na medida em que, como afirma, “um defeito cognitivo evitável está sempre acompanhado de um defeito volitivo evitável em concreto, de uma ausência de esforço para procurar o conhecimento correcto”, (JAKOBS (1989-2), 133, nota 12).

saber “porque é que a ignorância não gera responsabilidade se, diferentemente, isso acontece com a falta de vontade, quando ambas, inteligência e disponibilidade para o cumprimento da norma, são em igual medida necessárias para assegurar que norma e realidade estejam em harmonia?”²⁸⁷. No seu entendimento esta diferença de tratamento tem que ver com a específica natureza das normas jurídicas, uma vez que, ao contrário do que acontece com outro tipo de regras, como as da matemática ou da lógica, o simples conhecimento da regra não conduz necessariamente ao seu acatamento. Como afirma “mesmo que ao agente, antes de realizar o facto, pudesse ser-lhe explicado por meio de largos discursos a razão de ser das normas violadas, de tal modo que não questionasse a sua vigência”, continuaria a existir a possibilidade da sua violação, uma vez que “o direito não pode fundamentar a necessidade de que se queira a sua observância”²⁸⁸. Assim, mais uma vez nas suas próprias palavras, “o direito não pode permitir-se um tratamento atenuado dos defeitos volitivos [excluindo, obviamente, as situações de exculpação] porque o conhecimento da norma não faz surgir necessariamente a vontade da sua observância”²⁸⁹. Depois de explicar o regime, mais rigoroso, dos defeitos volitivos, JAKOBS passa a explicar a razão e as condições da possibilidade de uma atenuação ou exoneração da pena em casos de defeito cognitivo. Centrando-se nos defeitos cognitivos que conduzem a uma situação de negligência, JAKOBS começou por distinguir entre as situações de “negligência difusa ou não dirigida a um fim”, que se caracteriza pelo facto de “a negligência não ser consequência de um desinteresse que resiste a reflectir sobre a protecção de determinados bens”, e as situações de “negligência dirigida”, que caracteriza como aquele “desconhecimento que o próprio autor não valora como uma carência da sua orientação no mundo, porque o âmbito material do objecto

²⁸⁷ JAKOBS (1989-2), 134.

²⁸⁸ JAKOBS (1989-2), 135.

²⁸⁹ JAKOBS (1989-2), 136. No mesmo sentido, afirma, “as normas sociais sofrem de um ponto débil genuíno: é que desde uma perspectiva individual não pode provar-se que seja preferível cumpri-las. Para compensar esta debilidade se estabelece que é tarefa do que está submetido à norma procurar as razões para o seu cumprimento; portanto, é responsável para que o cumprimento da norma seja preferível para ele” (JAKOBS (1993), 382).

desconhecido carece de interesse para ele”²⁹⁰. No caso desta última, considerava JAKOBS que não se poderia justificar axiologicamente o regime mais favorável que a lei lhe confere²⁹¹, só podendo compreender-se esse regime em função da necessidade de estabelecer uma fronteira clara (conhecimento/não conhecimento) entre o dolo e a negligência²⁹². Só no caso da negligência difusa considerava JAKOBS haver uma situação de erro merecedora do regime legal mais favorável de que é objecto, uma vez que, nesta, só indirectamente o agente, com o seu comportamento, contradiz a norma. O comportamento negligente, nestes casos, não incorpora, pelo menos directamente, “nenhuma declaração contra a norma”²⁹³, que é precisamente o que, para JAKOBS, o Direito Penal visa salvaguardar, mas apenas uma deficiência cognitiva no que refere às condições da sua aplicação²⁹⁴. A partir daqui conclui JAKOBS que “não é problemática a razão da punição da negligência difusa de modo mais leve do que o comportamento doloso; pelo contrário, haverá mesmo que explicar porque é que se lhe impõem uma pena”²⁹⁵. Toda esta problemática foi entretanto desenvolvida

²⁹⁰ JAKOBS (1989-2), 138. Nos textos subsequentes, JAKOBS (1993), 367 e ss.; JAKOBS (2004-2), 63 e ss.; JAKOBS (2004-1), 189-208, o autor mantém e desenvolve esta distinção, mas deixa cair os termos difusa/não difusa ou dirigida/não dirigida.

²⁹¹ JAKOBS (1989-2), 139 e JAKOBS (1993), 378.

²⁹² Uma leitura menos atenta de JAKOBS poderia sugerir que para o autor não interessa saber o que está por detrás do defeito cognitivo que conduz ao erro em que a negligência se traduz. Mas tal não é inteiramente verdade. Com efeito, quer a diferença que estabelece entre negligência difusa e dirigida, quer a diferença de regime que, de *iure condendo*, propõe para as duas situações, assentam numa distinção a partir das causas, relacionadas com o sujeito, que estão na base do erro. No caso da negligência difusa a causa do erro está nas “incapacidades” do sujeito. Já no caso da negligência dirigida a causa do erro resulta de um desinteresse – de uma falha de vontade – do sujeito pelo direito.

²⁹³ JAKOBS (1989-2), 140.

²⁹⁴ JAKOBS conclui ainda que a distinção que defende e, consequentemente, o diferente tratamento que propõe para as hipóteses de negligência difusa e dirigida não só é inteiramente transponível para o erro sobre a ilicitude, como tem consagração legal no § 17 do StGB (que, no essencial, coincide com o artigo 17.º do Código Penal português). Com efeito, o erro sobre a ilicitude *dirigido*, i.e., que resulta de uma atitude de inimizade ou indiferença perante o direito, não tem nenhum tratamento privilegiado, não exclui ou atenua a culpa, o que apenas pode acontecer com o erro sobre a ilicitude *não dirigido*. JAKOBS (1989-2), 142-144 e JAKOBS (1993), 377-378.

²⁹⁵ Resumidamente, para JAKOBS existem três razões que concorrem para a justificação da necessidade da pena nestas hipóteses: em primeiro lugar, porque “o nível de perigo para os bens jurídicos próprios e alheios não pode depender da discricionariedade de

por JAKOBS, que recuperou para o efeito a antiga figura do *dolo indirecto*²⁹⁶, chegando mesmo ao ponto de, no último dos textos em que abordou a questão²⁹⁷, passar a defender, do ponto de vista do próprio direito constituído, que nos casos em que o defeito cognitivo que conduz à não representação da realização do facto típico tenha na sua base uma atitude de indiferença²⁹⁸ perante essa realização, deve ainda assim afirmar-se a existência de um comportamento doloso, na forma de *dolo indirecto*²⁹⁹. Quer isto dizer que os casos que anteriormente tratava como

cada um”; em segundo lugar, porque “deve estabelecer-se um conhecimento mínimo da perigosidade, especialmente naqueles casos em que seja rara a existência de uma experiência individual de perigo”, não obstante o comportamento ser, em geral, perigoso; finalmente, porque através do castigo do comportamento negligente não dirigido “se impede que o autor aprenda de maneira selectiva; quer dizer, que só aprenda a evitar as situações que provoquem perigo de um prejuízo próprio e não as que provoquem um prejuízo alheio”. JAKOBS (1989-2), 141-142; JAKOBS (1993), 378-380 e JAKOBS (2004-2), 70-71.

²⁹⁶ Que JAKOBS considera correcta na sua ideia fundamental no sentido de que a não representação de dados de facto facilmente perceptíveis como consequência de indiferença não pode implicar uma diminuição da responsabilidade. Para mais desenvolvimentos cf. JAKOBS (2004-1), 200 e ss.

²⁹⁷ JAKOBS (2004-1), 189 e ss.

²⁹⁸ Que, para JAKOBS, tanto pode ser resultado de um processo de decisão consciente do autor como ser indiciariamente deduzida. Para este autor, será esta última a hipótese “quando a realização do tipo era tão fácil de perceber para o agente como a implicação dos seus próprios interesses que ele teve bem em conta”; diferentemente, “estará indiciada uma situação de negligência quando o autor não ponderou no seu plano a implicação dos seus próprios interesses, que não era mais remota do que a realização do tipo”, JAKOBS (2004-1), 202. Partindo deste critério, JAKOBS conclui então que “existe indiferença em relação à realização do tipo quando o autor, de um conjunto de cursos possíveis, se salvaguarda apenas daqueles que põem em causa os seus interesses” (203). Mais à frente JAKOBS explicita ainda que não é incompatível com a definição de indiferença a circunstância de o facto ter sido praticado num estado emocional que, uma vez ultrapassado, leva o autor a lamentar o seu próprio comportamento. JAKOBS apresenta o seguinte exemplo: “quem atira ao corpo do seu inimigo uma grande faca para lhe ofender a integridade física actua com *dolo indirecto* de homicídio ainda que o facto tenha acontecido num estado de agitação passional e o agente, ao voltar a si e, portanto, como um sujeito que valora o direito, considere como uma catástrofe tanto a aniquilação da vítima como a destruição da sua própria existência civil e, da mesma forma, a indiferença perante a realização do tipo e aos seus próprios interesses a longo prazo” (204-205). Cf., para mais desenvolvimentos, (202-205).

²⁹⁹ Em síntese, JAKOBS (2004-1), 201, formula o seu critério de distinção entre o comportamento doloso e o comportamento negligente da seguinte forma: “De um ponto de vista comunicativo pode afirmar-se o seguinte: o autor doloso interpreta (pelo menos, quanto às consequências acessórias), de acordo com a sua valoração como autor, que o risco de realização do tipo não é de nenhum modo relevante para a decisão, ou que não o é perante o contexto actual da realidade. Pelo contrário, o autor negligente,

de “negligência dirigida” ou de “cegueira perante os factos” são agora retirados do âmbito da negligência e tratados como casos de dolo. Esta última posição contraria frontalmente disposições legais como as do § 16 (1) do Código Penal alemão e do artigo 14.º do Código Penal português, que exigem a representação do facto típico como requisito do dolo.

3.2. A caracterização positiva da negligência, ao nível do tipo subjectivo de ilícito, como cognoscibilidade da realização do tipo

Segundo JAKOBS esta caracterização negativa da negligência, quer consciente quer inconsciente, como erro, é ainda insuficiente, apenas servindo para a delimitar face ao dolo. Será ainda necessária uma caracterização *positiva* da negligência, que para este autor, ao nível da ilicitude, consiste na cognoscibilidade da realização do tipo ou, dito de outra forma, na evitabilidade do erro³⁰⁰. Só quando as circunstâncias pertencentes ao tipo legal de crime forem cognoscíveis para o autor se pode afirmar uma actuação negligente. E, para JAKOBS, “as circunstâncias são cognoscíveis quando o agente, admitindo que conhecia o motivo para omitir um comportamento de determinada classe e com determinadas consequências, teria representado o seu comportamento e as suas consequências no instante do facto como não improváveis e, assim determinado, o teria omitido”³⁰¹.

descuidado, define a situação em que actua de modo incompleto; quer dizer, sem o risco existente que teria de ter sido considerado segundo a sua valoração [...]: a decisão do autor negligente caracteriza-se por uma base reduzida e não porque tivesse evitado a realização do tipo em caso de dolo. O autor indiferente define também a situação de modo incompleto, mas não por descuido, antes porque o não captado não é relevante para a decisão de um ponto de vista subjectivo. A base da decisão é, segundo o seu ponto de vista, completa; o que não foi tido em conta é-lhe absolutamente indiferente. A linha divisória que é determinante para a medida da culpa não se encontra entre o conhecimento ou desconhecimento da realização do tipo, mas entre a ausência de relevância para a decisão, de um ponto de vista subjectivo, da realização do tipo conhecida ou cognoscível. Em resumo: trata-se por isso de ausência de relevância para a decisão de uma realização do tipo que era, pelo menos, cognoscível versus erro”.

³⁰⁰ JAKOBS (1991), § 9, n.º 4.

³⁰¹ JAKOBS (1991), § 9, n.º 2.

Por outro lado, acrescenta ainda este autor, é supérfluo fazer acrescer à cognoscibilidade, como elemento da negligência, a componente da evitabilidade, uma vez que, segundo afirma, esta se inclui já no conceito de acção³⁰². Não obstante, afirma ainda JAKOBS que apesar de a evitabilidade não ser uma característica específica da negligência, enquanto fenómeno psíquico, aquela, tal como o dolo, pertencem à acção como formas de evitabilidade³⁰³. Ou seja, a evitabilidade não é característica *da negligência*, enquanto fenómeno psíquico, mas já o é da *acção negligente*, uma vez que esta constitui um acto ilícito, não porque seja cognoscível a realização do tipo, mas sim porque a realização do tipo cognoscível era evitável. Dessa forma, para JAKOBS o ilícito negligente é constituído, não pela violação de dever de obter o conhecimento, mas pela violação do dever de evitar acções típicas cognoscíveis³⁰⁴. Por outro lado, acrescenta ainda este autor que a evitabilidade de que aqui se fala é a *evitabilidade individual da realização do tipo*³⁰⁵. Esta forma de caracterizar a negligência, como evitabilidade *individual* de realização do tipo, afasta, como

³⁰² JAKOBS não distingue, portanto, a evitabilidade enquanto elemento do próprio conceito de acção da evitabilidade da realização do tipo.

³⁰³ No caso do dolo, este não pertence à acção como facto psíquico, mas sim como forma de evitabilidade qualificada (JAKOBS (1991), §9, n.º2). Já sobre a negligência, afirma JAKOBS que “uma acção negligente não é ilícita porque a realização do tipo é cognoscível (o conhecimento só transforma a negligência em dolo), mas porque uma realização cognoscível do tipo é evitável” JAKOBS (1991), § 9, n.º 2.

³⁰⁴ Para JAKOBS (1991), § 9, n.º 2) “o agente pode cumprir este dever ou obtendo conhecimento ou, quando não se justificar o emprego da sua atenção na medida do necessário à obtenção desse conhecimento, omitindo actuar às cegas”. Sublinha, ainda (*loc. cit.*), que tal não significa, na prática, que a pessoa esteja sempre a ser confrontada com a necessidade de ter de estar permanentemente a optar pela abstenção da realização da acção ou efectuar continuamente juízos sobre a possível tipicidade das suas actuações, pois, como afirma “a maior parte do actuar quotidiano já foi tantas vezes objecto desse juízo que a natureza perigosa ou não da situação pode ser em geral captada sem necessidade de uma ulterior verificação”. A necessidade desse juízo mais demorado surge apenas, afirma JAKOBS, para as situações que não são usuais. Com um exemplo do próprio: para saber que passar um sinal vermelho num cruzamento é perigoso não será necessário um juízo mais demorado, visto que essa perigosidade é, em geral, conhecida como uma propriedade da situação.

³⁰⁵ Com esta forma de caracterizar a negligência JAKOBS afasta-se da sua caracterização a partir do critério da violação do dever de cuidado.

veremos melhor um pouco mais à frente, a sua determinação objectiva logo ao nível da imputação subjectiva do ilícito³⁰⁶.

Para percebermos melhor o que se acaba de afirmar importa, contudo, distinguir claramente, ao nível da imputação do ilícito, os momentos da imputação objectiva e subjectiva. Como se verá melhor já de seguida, enquanto no momento da imputação objectiva JAKOBS considera o sujeito objecto de imputação na sua qualidade de titular de um *papel*, já no momento da imputação subjectiva considera o sujeito na sua individualidade psíco-física.

3.2.1. O critério de determinação da cognoscibilidade ou evitabilidade no momento da imputação objectiva

Na base da actual concepção geral de JAKOBS está a ideia de que a vida em sociedade só é concebível se for possível garantir um mínimo de segurança e confiança em relação ao modo como, nos contactos sociais, as diferentes pessoas se comportam³⁰⁷. Ora, essa função de asseguramento das expectativas normativas essenciais³⁰⁸ é, segundo JAKOBS, conseguida precisamente através do direito penal, cujas normas funcionam como modelo geral de orientação dos comportamentos. Sendo esta, segundo JAKOBS, a função legítima do direito penal, procura em seguida o autor responder à questão de saber como é que esse direito, através da actuação da sua sanção típica, a pena, é capaz de cumprir essa função. Na resposta a esta questão é possível encontrar alguma evolução no pensamento deste autor. Numa primeira fase, que coincide com a publicação, em 1976, do estudo *Culpa e Prevenção*³⁰⁹, JAKOBS evidencia a esse propósito o papel particularmente importante do “exercício da fidelidade ao direito”, como modo de actuar da prevenção geral positiva. Quer isto dizer, segundo explica então, que ao associar-se a pena ao comportamento desvalioso se aumentam as

³⁰⁶ Ao contrário do que, como veremos melhor *infra* Parte I. I. 3.2.2., defende uma parte da doutrina.

³⁰⁷ JAKOBS (1991), § 1, n.º 4.

³⁰⁸ Essenciais no sentido de serem aquelas das quais depende a própria configuração ou identidade da sociedade (JAKOBS (1991), § 1, n.º 8).

³⁰⁹ JAKOBS (1976).

possibilidades de que esse comportamento seja reconhecido como tal pela generalidade das pessoas e, dessa forma, dissuadida a sua prática³¹⁰. A evolução do pensamento do autor vai, porém, conduzi-lo a um aprofundamento da sua própria concepção de prevenção geral positiva. Já na primeira edição do *Tratado*, em 1983, JAKOBS explicita que a função de garantia das expectativas sociais essenciais é alcançada através de um “exercício de reconhecimento da norma”, que se manifesta de três formas distintas e que o autor denomina, respectivamente, de “exercício de confiança na norma”, “exercício de fidelidade ao direito” e “exercício de aceitação das consequências”. Na primeira forma de actuar da prevenção geral positiva a pena serve para reafirmar perante a generalidade das pessoas a validade da norma, não obstante a sua ocasional violação. Na segunda, como já se explicou *supra*, a pena serve para facilitar a aprendizagem de que o comportamento objecto da mesma constitui uma alternativa inaceitável de conduta. Finalmente, a terceira forma de actuar da prevenção geral positiva visa permitir que se aprenda a conexão entre o facto desvalioso e o dever de suportar as suas consequências³¹¹. Já nesta fase, porém, pode seguramente verificar-se que JAKOBS aponta claramente para uma prevalência da primeira forma de actuar da prevenção geral positiva³¹². Esta acentuação da importância da primeira forma de actuar da prevenção geral positiva, em detrimento das demais e, particularmente, da segunda (exercício de fidelidade ao Direito), tida como essencial numa primeira fase, é levada ainda mais longe num texto posterior, publicado em 1995³¹³, em que o autor chega mesmo a concluir que o exercício de fidelidade ao Direito já não é uma forma de actuar da prevenção geral positiva, situando-se agora ao nível daqueles efeitos secundários ou indirectos que a pena acaba por desencadear, mas que não é sua função produzir. Nesse sentido, chega mesmo a afirmar “pode acontecer que se associem à pena certas esperanças de que se produzam certas consequências da

³¹⁰ JAKOBS (1976), 79.

³¹¹ JAKOBS (1983), § 1, n.º 15.

³¹² JAKOBS (1983), § 1, n.º 15. JAKOBS (1991), § 1, n.º 15. Cf., no sentido do texto, PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ, CANCIO MELIÁ (1997), 18-19.

³¹³ JAKOBS (1995).

psicologia social ou individual de variadas características como, por exemplo, a esperança de que se mantenha ou fortaleça a fidelidade ao ordenamento jurídico. Mas a pena significa já algo independente destas consequências: significa uma autoconfirmação”³¹⁴. A acentuação desta função de manutenção ou restabelecimento da confiança na vigência da norma violada, “relativamente a outros efeitos de carácter psicológico-social ou psicológico-individual”³¹⁵ da pena, condiciona depois três outras ideias centrais da teoria global de JAKOBS, com consequências, por sua vez, para a determinação do sujeito a ter em conta para efeitos de imputação objectiva. A primeira prende-se com a opção por uma concepção “institucional” de norma, no sentido de que as normas se dirigem não tanto à orientação imediata das condutas, mas mais ao estabelecimento ou à estabilização na sociedade de redes de expectativas recíprocas de comportamento³¹⁶. A segunda, que, em grande medida, se encontra fortemente ligada à primeira, relaciona-se com a opção por um determinado destinatário da norma penal que, de acordo com JAKOBS, visa influir não especialmente os potenciais autores de futuras infracções, mas antes todos os membros da sociedade, uma vez que ninguém pode passar sem interagir socialmente e, por isso, deve saber não apenas como deve comportar-se mas também o que pode esperar dos comportamentos dos outros³¹⁷. A terceira ideia central tem que ver com a normativização ou funcionalização dos conceitos fundamentais da teoria geral da infracção, como são, por exemplo, os de sujeito, acção, ilicitude ou

³¹⁴ JAKOBS (1995), 18.

³¹⁵ PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ, CANCIO MELIÁ (1997), 19.

³¹⁶ Nesse sentido, cf. JAKOBS (1989-1), 225 ss, onde o autor confronta a sua concepção “institucional” de norma com a concepção “imperativista” de ARMIN KAUFMANN. Esta última relaciona a norma directamente com a vontade da pessoa, conduzindo coerentemente a uma preferência por um modelo de prevenção geral que, diferentemente do de JAKOBS, aponta, através do exercício de fidelidade relativamente à norma, para um processo de orientação das pessoas que se desenvolve no plano da psicologia individual e que está vinculado à consideração das normas como instrumentos de orientação directa de conduta. JAKOBS critica esta visão das coisas, designadamente por dela resultar que o ilícito poderia consistir num facto íntimo que se desenvolve entre o autor e a norma infringida, desconsiderando por completo o sentido que a vítima e a sociedade no seu conjunto retiram do facto; isto é, o seu significado social.

³¹⁷ JAKOBS (1991), § 9, n.º 15.

culpa. Com efeito, JAKOBS propõe, em lugar de uma dogmática ontologista, uma renormativização dos conceitos jurídico-penais, com o propósito de os adequar à função que ao direito penal cumpre realizar. Em consequência, todos os conceitos jurídico-penais, nomeadamente o do sujeito que é objecto do juízo de imputação, não são expressão de uma qualquer essência pré-jurídica, mas construções funcionais que decorrem fundamentalmente da função do direito penal³¹⁸.

Ora, quer directamente da própria função do direito penal, quer indirectamente de um conceito de ilicitude (que, por sua vez, também é condicionado por aquela função), resulta que o sujeito que é objecto do juízo de imputação tenha, *a este nível*, que coincidir com o titular do papel ao qual se dirigem as expectativas quotidianas. Daqui decorre, necessariamente, que, no momento da imputação objectiva, JAKOBS não tenha em conta os elementos do “sujeito em concreto”, mas apenas os elementos caracterizadores do sujeito enquanto portador de um determinado *papel* ou *função social*³¹⁹. Não considera, pois, as diferentes circunstâncias individuais conceptualizáveis, mas apenas as que possam caracterizar o titular de uma função num determinado âmbito social. A este nível o sujeito a que se refere JAKOBS não é, pois, o sujeito na sua individualidade psíco-física, mas na sua qualidade de titular de um determinado *papel*. JAKOBS refere isso mesmo de forma bastante clara logo em 1989, chegando a afirmar que “se a pessoa que desempenha um papel não pode cumprir as exigências que derivam do mesmo, por exemplo por carecer de inteligência, isso em nada modifica o facto de que falhou nesse papel de um modo que para ele, enquanto portador desse papel, dá lugar a imputação”³²⁰. Na defesa desta sua tese acrescenta ainda que, se “ao titular desse papel fosse permitido aduzir como

³¹⁸ Nesse sentido afirma JAKOBS no prólogo à primeira edição do *Tratado* “Se se parte da missão do direito penal, e não da essência (ou das estruturas) de objectos da dogmática penal, isso conduz a uma (re)normativização dos conceitos. Nesta concepção, um sujeito não é aquele que pode provocar ou impedir um resultado, mas aquele que pode ser responsável por este”.

³¹⁹ JAKOBS (1996), 97, explicita que a designação “papel” se refere a “um sistema de posições definidas de modo normativo, ocupado por indivíduos fungíveis”.

³²⁰ JAKOBS (1989-2), 129.

argumento para atenuar ou eliminar a sua responsabilidade individual a sua menor capacidade, isso significaria que a imputação jurídico-penal não tinha como objecto de referência o titular de um papel, mas a pessoa em que se produziu a defraudação [das expectativas que a norma visa garantir] ”³²¹. Ora, como dissemos acima, para JAKOBS a norma visa precisamente garantir as expectativas sociais em relação aos detentores de uma determinada função, o que só pode ser alcançado se o sujeito que se considera para efeitos de imputação objectiva do ilícito for encarado desta forma e não na sua individualidade psíquica³²². Nesse sentido JAKOBS chega mesmo a afirmar que as expectativas que o direito penal visa garantir “não se referem ao comportamento do ser humano como existe de facto, mas ao ser humano como deve ser (daí ser jurídica), estando motivado de maneira dominante pelo cumprimento da norma”³²³. Esta desconsideração, dos elementos do sujeito em concreto ao nível da imputação objectiva do ilícito, conduz, no caso de capacidades inferiores às esperadas do titular da função em questão, à respectiva imputação. Já no caso de o sujeito em concreto possuir capacidades superiores àquelas, JAKOBS faz depender a imputação ou a negação da imputação do ilícito da responsabilidade do autor pela circunstância que provoca o dano, fazendo intervir nesta decisão o princípio normativo do risco permitido³²⁴. Assim e em suma, enquanto primeiro grande

³²¹ *Ibidem*.

³²² JAKOBS (1989-2), 129. Para ilustrar esta afirmação o autor apresenta o seguinte exemplo: “um chefe militar ou um sacerdote que no momento decisivo apelassem a uma incapacidade individual, questionariam o sistema social que gira em torno dos chefes militares e/ou sacerdotes”, JAKOBS (1989-2), 130 nota 4.

³²³ JAKOBS (1992), 120-121. No mesmo sentido refere num texto posterior (JAKOBS (1995), 50) “O direito penal reage frente a uma perturbação social que não pode (precisamente por ser perturbação social) dissolver-se de modo adequado nos conceitos de um sujeito isolado, das suas faculdades e de uma norma imaginada em termos imperativistas (...). Pelo contrário, há que partir dos correspondentes conceitos sociais: dos conceitos de sujeito mediado pelo social, que dizer, da pessoa, do âmbito de responsabilidades que lhe estão adstritas e da norma enquanto expectativa social institucionalizada. Ser pessoa significa ter de representar um papel. Pessoa é a máscara, quer dizer, precisamente, não é expressão da subjectividade do seu portador, mas representação de uma competência socialmente compreensível”.

³²⁴ JAKOBS (1991), § 9, n.º 11, onde, para ilustrar a afirmação em casos de capacidades especiais para o prognóstico de realização do tipo, ou seja, de um saber especial – embora o autor entenda que não deva distinguir-se, para este efeito, entre um *saber*

especial e um *poder especial* – apresenta o seguinte exemplo: “um cientista deve dominar a inclinação para o risco própria de uma experiência que está a realizar também com a ajuda das suas capacidades especiais, mas já um estudante não tem razão para activar as suas capacidades especiais quando, durante as férias, trabalha como servente numa obra”. O tema é, porém, tratado com mais desenvolvimento em JAKOBS (1991), § 7, n.º 49 ss, a propósito da base de que se parte para decidir se se está ou não perante um caso de risco permitido. Aí, JAKOBS começa por afirmar que a favor de considerar os conhecimentos especiais depõe o facto de que, caso contrário, se podem conseguir resultados não desejados manipulando situações de risco, exemplificando a afirmação com a seguinte situação: “o sobrinho herdeiro, biólogo sumamente experiente, serve ao seu tio um molho venenoso que descobriu por acaso numa conserva” (JAKOBS (1991), § 7, n.º 49). Contra a consideração desses conhecimentos especiais, afirma JAKOBS, pode invocar-se que “caso contrário, a atenção que se prestara para além daquilo a que se era obrigado traria como consequência deveres de evitar e a correspondente limitação da liberdade de acção” (JAKOBS (1991), § 9, n.º 49). Avançando depois na sua própria posição acerca do problema, esclarece o autor que a questão deve resolver-se configurando o “papel” de modo mais ou menos amplo, em função da questão de saber se o autor se encontra ou não numa situação de garante. Assim, quando o autor não seja garante – ou porque não tem o dever de dominar a fonte de perigo, ou porque não tem o dever de ajudar a vítima em virtude de uma responsabilidade institucional – o papel deve ser configurado de modo mais restrito. JAKOBS apresenta o seguinte exemplo: “a um ciclista, para determinar o risco permitido, não haverá que concebê-lo como matemático ou como engenheiro eléctrico, só porque o sujeito que em concreto vai montado na bicicleta tem essas qualificações” (JAKOBS (1991), § 7, n.º 49). Já quando o autor seja garante, o que acontecerá não é que se acrescente ao titular do papel, formulado de forma restrita, um conhecimento especial, caso em que, segundo JAKOBS, “se confundiriam os aspectos objectivos e subjectivos do facto” (JAKOBS (1991), § 7, n.º 49), mas que se passará a configurar o próprio papel de forma mais ampla. Conclui, por isso, que na solução do problema haverá que distinguir várias situações. Nos casos que denomina de responsabilidade por organização, não haverá, em princípio, que exigir a activação das capacidades especiais do autor. Apresenta, a propósito, o seguinte exemplo: “um estudante de uma escola profissional que trabalhe como auxiliar numa empresa de construção não responde pelas consequências de ter feito uma mistura de cimento de acordo com as instruções recebidas, mesmo que se tenha apercebido de que foi mal calculada a resistência do material” (JAKOBS (1991), § 7, n.º 50 α). Já quando o agente seja garante do domínio de um risco especial, a configuração do seu “papel” deve fazer-se de forma mais ampla, incluindo no mesmo tudo o que seja necessário para evitar o resultado. Mais uma vez, com um exemplo do próprio autor: “se um condutor, ao apanhar um brinquedo que caiu ao seu filho para baixo do seu carro, vê que o mesmo está a perder o líquido dos travões, não o vê apenas no seu papel de pai mas também no de condutor” (JAKOBS (1991), § 7, n.º 50 β), pelo que ao “papel” de condutor se deve acrescentar este conhecimento. Nos casos de responsabilidade institucional, afirma JAKOBS que “o papel nunca se define através do dever de evitar um resultado, mas através de um espectro de interacções”, ao qual pode pertencer – como será o caso, por exemplo, das relações entre pais e filhos – a activação de capacidades especiais. Não obstante, afirma, “em geral os deveres institucionais apontam para um rendimento *standard*” (JAKOBS (1991), § 7, n.º 50 γ). Finalmente, considera JAKOBS aquelas hipóteses em que o autor introduz por iniciativa própria o conhecimento especial na sua relação com a vítima. Aqui, conclui JAKOBS que “esse conhecimento incorpora-se ao

momento de determinação de âmbitos de responsabilidade, a teoria da imputação objectiva de JAKOBS orienta-se a partir de “*standards*”, “papéis” ou “estruturas objectivas”³²⁵, que abstraem da tendencialmente inesgotável multiplicidade das particularidades dos diferentes indivíduos.

3.2.2. O critério de determinação da cognoscibilidade ou evitabilidade no momento da imputação subjectiva. A negligência como evitabilidade individual

Já desde a publicação, em 1972, da sua monografia sobre os crimes negligentes (*Estudos sobre o Crime Negligente de Resultado*³²⁶), que JAKOBS defende, ao nível da imputação subjectiva, que a evitabilidade que se exige para afirmar a negligência é uma *evitabilidade individual*. Isso mesmo é reafirmado, em 1974, por ocasião da publicação do texto “Comportamento Evitável e Sistema de Direito Penal”³²⁷, em que JAKOBS, a propósito do conceito de acção, reafirma expressamente que o mesmo abarca “toda a acção final, toda a omissão consciente e toda a comissão e omissão *individualmente* negligentes” (itálico original), explicitando depois que, tal como afirmara já em 1972, a negligência a que se refere é uma negligência “*natural, pré-jurídica*”³²⁸. A mesma ideia é reiterada num outro texto de 1974, precisamente sobre o crime negligente³²⁹. A dada altura, a propósito do conceito de evitabilidade, refere: “não entrarei aqui na

papel que caracteriza essa relação, mesmo quando o autor não estaria obrigado a tomar em consideração esse saber especial”. Exemplificando esta situação com o caso do prato com molho venenoso já referido *supra*, afirma JAKOBS que não haverá responsabilidade se a pessoa que tem o conhecimento de que o molho é venenoso nada faz, mas já será responsável se aproveitar esse conhecimento especial para, por exemplo, orientar o prato para uma pessoa diferente daquela a quem ele estaria originariamente destinado (JAKOBS (1991), § 7, n.º 50 δ). Cf., ainda do mesmo autor, (1996), 136-141. As soluções de JAKOBS são especialmente difíceis de aceitar nos casos de dolo, como o da pessoa que entrega a outrem o prato, que sabe, pelos seus conhecimentos especiais, ter veneno, sendo irrelevante se o entregou ao primitivo destinatário ou a uma outra pessoa. Também na hipótese semelhante de omissão dolosa de alertar para o veneno que se conhece, pode admitir-se que o controlo do perigo fundamente a posição de garante.

³²⁵ JAKOBS (1995), 53.

³²⁶ JAKOBS (1972).

³²⁷ JAKOBS (1974-2).

³²⁸ JAKOBS (1974-2), 150 nota 10.

³²⁹ JAKOBS (1974-1), 167 e ss.

questão de saber quais são os escalões que há que cumprir no momento de averiguar a possibilidade de prever; pois há acordo – prescindindo das tendências objectivadoras que se tratarão na continuação – acerca de que *em última instância o decisivo é o autor com as suas aptidões individuais*”³³⁰ (itálico aditado). JAKOBS sublinha, no entanto, logo a seguir, que “na prática, só podem averiguar-se as faculdades individuais através de uma difícil interpretação de determinados indícios, sendo esta dificuldade maior nos casos em que o comportamento que deve evitar-se não esteja determinado na sua execução externa em função de uma situação claramente delimitada, mas apenas de modo indiferenciado por referência à evitação de um resultado”³³¹. Esta dificuldade, acrescenta JAKOBS, associada ao crescente número de comportamentos negligentes com que os tribunais são confrontados, está na origem, designadamente no âmbito das chamadas infracções administrativas³³², de “certas propostas, especialmente por parte de quem está na prática judicial, no sentido de objectivar a negligência (e a culpa nos comportamentos negligentes)”³³³. Alguns anos mais tarde, por ocasião da publicação da segunda edição do *Tratado*, JAKOBS volta a afirmar a determinação da negligência como “evitabilidade *individual* (previsibilidade significa o mesmo) da realização do tipo”, desenvolvendo então, em termos a que voltaremos mais tarde, as críticas à denominada “negligência objectiva”³³⁴. Em 1992, no texto *O Conceito Jurídico-penal de Acção*³³⁵, escreve no mesmo sentido, “entendo que a negligência é evitabilidade *individual*. Por conseguinte, uma pessoa só se comporta

³³⁰ JAKOBS (1974-1), 179. Particularmente importante é a nota 47, em que JAKOBS rebate os argumentos daqueles que, como JESCHECK, defendiam à altura a vantagem de tratar em primeiro lugar e em separado um elemento objectivo do cuidado.

³³¹ JAKOBS (1974-1), 180.

³³² A que corresponde actualmente o ilícito de mera ordenação social português.

³³³ JAKOBS (1974-1), 180. Mais tarde neste trabalho (cf. *infra* Parte I, Cap. I, 3.2.2.1.2.) ver-se-á como JAKOBS responde a estas tendências objectivadoras.

³³⁴ JAKOBS (1991), § 9, n.º 8 – 13.

³³⁵ JAKOBS (1992).

negligentemente se para *ela mesma*, e não para algum tipo ideal de pessoa, era evitável a consequência de que se trata”³³⁶.

3.2.2.1 A defesa da individualização na determinação da negligência

3.2.2.1.1. A individualização na determinação da negligência e a função do direito penal

Ao longo da sua obra JAKOBS preocupa-se frequentemente em ligar a função do lado subjectivo do facto (que abrange o dolo, a negligência e a culpa) à própria função do direito penal, consistente, como já afirmámos repetidamente, na manutenção da vigência da norma. Particularmente no texto *O Conceito Jurídico-penal de Acção*³³⁷, JAKOBS relaciona directamente a opção por uma determinação *individual* da evitabilidade na negligência à própria função do direito penal, afirmando que, ao contrário do direito civil, “o direito penal não garante a segurança dos bens jurídicos, mas a vigência da norma. Da mesma maneira que um defeito corporal exclui a expectativa de que se realizem prestações que pressupõem um corpo são, ou que a imperícia exclui a expectativa de um comportamento próprio de uma pessoa com experiência, também um defeito das faculdades cognitivas exclui a expectativa de um cálculo correcto. Do ponto de vista do direito penal, o único conteúdo da expectativa é que a norma constitua a motivação dominante, já que o fim da pena é a manutenção da fidelidade ao ordenamento jurídico. Se o agente realiza um comportamento que difere do standard, apesar de a norma ser a motivação dominante, a razão para tal só pode estar num defeito do autor, mas o direito penal – ao contrário do que acontece com o direito civil – apenas garante a ausência de defeitos nos sujeitos num só ponto: na motivação para obedecer à norma, e não no que se refere ao resultado do processamento dessa motivação”³³⁸. E JAKOBS vai ainda mais longe, ao ponto de imediatamente a seguir acrescentar que “quando se pretenda garantir standards cognitivos, o direito penal converte-os em normas: proíbe-se

³³⁶ JAKOBS (1992), 110.

³³⁷ JAKOBS (1992).

³³⁸ JAKOBS (1992), 119-120.

um comportamento não por ser lesivo, mas porque – de acordo com um critério geral – pode lesar”³³⁹, ou seja, criam-se crimes de perigo abstracto. Já nos casos de crimes de dano, a lei “limita-se a indicar uma finalidade – não leses – e deixa a cargo do cidadão individual a selecção e aplicação dos meios comunicativamente relevantes para a prossecução do fim. Trata-se de administração descentralizada, cuja efectividade, portanto, fica limitada pelos possíveis defeitos que surjam na capacidade do autor para processar o que estabelece a norma”³⁴⁰. Nos parágrafos imediatamente seguintes aos que se acabam de transcrever JAKOBS faz, porém, algumas afirmações que parecem dificilmente compatíveis com tudo o que se vem de dizer. Afirma então: “no seu ponto de partida, a evitabilidade não é individual, mas objectiva” e, mais à frente, “dolo e negligência não fundamentam o ilícito na sua condição de factos psíquicos individuais, mas como expressão de um defeito determinado segundo critérios objectivos que se manifestam no indivíduo [...] pois só utilizando a concepção da pessoa como máscara ou papel, e não como referência a individualidade autónoma, se pode falar de ilícito pessoal, já que se trata de manifestação individual de um défice determinado objectivamente”³⁴¹. Mas, o que se acaba de transcrever, não é, ao contrário do que poderia parecer a uma primeira leitura, incompatível com o que se tem vindo a afirmar a propósito da caracterização da negligência como evitabilidade individual. Com efeito, o que JAKOBS ali pretende dizer é que no caso de erro individualmente inevitável (por exemplo, por falta de inteligência) o mesmo não é revelador de um defeito, de um défice de motivação pela norma, mesmo determinado objectivamente esse défice, porque, se imaginarmos o cidadão perfeito do ponto de vista da motivação pela norma ele ainda assim não teria conseguido evitar o erro. É, por isso, que no seu ponto de partida a evitabilidade não é individual mas objectiva, porque se determina a partir do sujeito que se imagina com a motivação perfeita do ponto de vista do cumprimento da norma. Dito ainda de outra forma: o ponto de partida é objectivo porque a relevância do defeito individual se expressa e só

³³⁹ JAKOBS (1992), 120.

³⁴⁰ *Ibidem*.

³⁴¹ JAKOBS (1992), 121.

releva admitindo que estamos perante um cidadão perfeito do ponto de vista da motivação pela norma. Como afirma o próprio autor, vontade de matar (dolo) ou produção da morte de modo individualmente evitável (negligência) não fundamentam o ilícito em si, mas porque revelam ou indiciam um defeito ou um déficit de motivação pela norma, déficit esse sempre determinado tendo por comparação o cidadão perfeito³⁴². Nas suas próprias palavras, “não há nada que seja evitável porque no autor se apresentam quaisquer fenómenos psíquicos, mas porque, se imaginarmos o sujeito com a motivação de um cidadão perfeito, o teria evitado”³⁴³. Num texto posterior, de 1993³⁴⁴, JAKOBS reafirma esta conclusão afirmando que “a evitabilidade do erro se determina individualmente; isto é, em função de que o autor concreto teria podido realizar o comportamento correspondente ao *standard* do seu papel, se se tivesse esforçado suficientemente. Por conseguinte, trata-se de erro evitável do indivíduo e não da pessoa que desempenha um determinado papel”. E, no mesmo sentido, agora num texto de 1997, conclui: “enquanto na imputação objectiva se estandardizam múltiplas capacidades, na chamada imputação subjectiva estandardiza-se apenas a vontade de cumprimento da norma [...]”³⁴⁵.

Em comentário crítico diríamos que ao estandardizar a vontade de cumprimento da norma na imputação subjectiva do ilícito, considerando que a norma pressupõe aí o autor com a motivação dominante de cumprir a norma, JAKOBS deixa, contudo, em aberto a possibilidade de erro sobre a aplicabilidade da norma à situação, que caracteriza a negligência. Na negligência não há motivação dominante de cumprir a norma na situação, pelo que a norma só pode

³⁴² *Ibidem*.

³⁴³ *Ibidem*. No mesmo sentido refere num outro texto, JAKOBS (1997-2), 92: “Enquanto factos psíquicos ou disposições – saber ou poder saber – estes são, como meros factos psíquicos e disposições, sensivelmente insignificantes [...]. Dolo e negligência [...] não são, como factos e disposições de uma consciência, partes de um comportamento delituoso, mas portadores externos do significado do comportamento [...], isto é, como portadores de símbolos [...]. Apenas nessa relação com o significado do comportamento como parte externa da expressão de sentido de uma pessoa pertencem os factos ao direito penal”.

³⁴⁴ JAKOBS (1993).

³⁴⁵ JAKOBS (1997- 2), 91.

pressupor que, se o sujeito não estivesse em erro, teria a motivação dominante de a cumprir. A standardização desta motivação transforma-a em motivação abstracta³⁴⁶ – que existe sempre que não haja erro e que é em concreto excluída por este – e torna-a, afinal, irrelevante para decidir da imputação do ilícito, que depende da evitabilidade individual da realização do tipo. Do mesmo modo não tem consequências práticas na imputação do ilícito a afirmação de JAKOBS de que o direito penal não tem o fim normativo de evitar a violação de bens jurídicos, mas sim o fim de confirmar as expectativas jurídicas ou garantir a motivação dominante de cumprir a norma.

3.2.2.1.2. Argumentos extraídos da crítica à “negligência objectiva”

JAKOBS critica as concepções que, ao nível do tipo subjectivo de ilícito, analisam apenas a chamada “negligência objectiva” – ou seja, que defendem, a este nível, uma determinação objectiva da previsibilidade ou da observância do dever de cuidado, abstraindo de uma individualização por referência ao sujeito em concreto, remetendo para a culpa a questão da previsibilidade individual³⁴⁷. O primeiro argumento com que JAKOBS combate o conceito de “negligência objectiva” é o de que o mesmo é incompatível com um conceito individual de acção, segundo o qual, para o direito penal, só importa a “acção típica” que, por sua vez, só pode afirmar-se quando a mesma é cognoscível, não apenas enquanto acção mas também na sua potencialidade para realizar o tipo, o que não acontece quando para o autor não era cognoscível essa realização³⁴⁸. Em seguida, JAKOBS procura afastar vários dos argumentos que frequentemente são invocados em defesa da determinação objectiva da previsibilidade ao nível do tipo (subjectivo) de ilícito negligente. Desde logo, rejeita o argumento de que só o que é previsível objectivamente se pode definir como situação que se deve evitar³⁴⁹, alegando que tal nada tem que ver com a imputação ao autor individual, que é o que está em

³⁴⁶ Cf. JAKOBS (1991), § 19 n.º 36, onde se refere que “não se supõe que o autor conheça a norma em questão, mas antes que queira obedecer a toda a norma, seja qual for”.

³⁴⁷ JAKOBS (1991), § 9, n.º 6.

³⁴⁸ JAKOBS (1991), § 9, n.º 9.

³⁴⁹ JAKOBS (1991), § 9, n.º 9 nota 15.

causa na negligência. Além disso, afirma ainda que a “determinação objectiva da negligência não apresenta qualquer vantagem relativamente à determinação individual da cognoscibilidade”³⁵⁰. Segundo afirma, assim acontece não apenas nos casos em que o juízo objectivo é susceptível de ser reproduzido subjectivamente, tornando-se aí a “objectivação” desnecessária, como ainda naqueles casos em que a reprodução subjectiva não é possível. Neste último caso, da objectivação retirar-se-iam duas deduções dogmáticas que, na perspectiva de JAKOBS, não têm qualquer vantagem³⁵¹. A primeira seria negar a imputação da culpa negligente em casos de previsibilidade objectiva mas não subjectiva, o que, na perspectiva dos defensores da objectivação, facilitaria não apenas a aplicação de medidas de segurança, como também a aplicação de penas em caso de cometimento do crime previsto no §323 *a* do StGB (correspondente ao artigo 295.º do Código Penal Português). JAKOBS contesta esta conclusão, afirmando que ela se baseia exclusivamente numa “jurisprudência dos conceitos”, que ignora que “o conceito de ilicitude no campo das medidas de segurança se deve deduzir do fim da regulamentação neste âmbito, podendo derivar-se a objectivação tanto para a negligência como para o dolo”³⁵². Por outro lado, no que se refere ao crime previsto no §323a do StGB, afirma JAKOBS “que no tipo de embriaguês plena importa apenas a imputabilidade; prescindir de um elemento da culpa, a previsibilidade individual, ficaria, pois, afastado pelo teor literal do §323a e seria apropriado, quando muito, no âmbito da incapacidade devida à embriaguês”³⁵³. A segunda dedução dogmática traduzir-se-ia em, através do prescindir da “reprodução subjectiva do juízo objectivo”, quer dizer, através da utilização do comportamento *standard* como “figura rectora” (*Leitbild*)³⁵⁴ e não como mera “ajuda cognoscitiva”, se perder no tipo subjectivo a relação com o resultado, transformando, ao nível subjectivo, crimes de dano em crimes de perigo abstracto. Afirma JAKOBS que, nesta solução, aquilo que, por ser

³⁵⁰ JAKOBS (1991), § 9, n.º 10.

³⁵¹ JAKOBS (1991), § 9, n.º 10.

³⁵² JAKOBS (1974-1), 179, nota 47 e JAKOBS (1991), § 9, n.º 10.

³⁵³ JAKOBS (1974-1), 179, nota 47 e JAKOBS (1991), § 9, n.º 10.

³⁵⁴ JAKOBS (1991), § 9, n.º 10.

cognoscível podia fundamentar a negligência, não poderia, se efectivamente conhecido, fundamentar o dolo. Quer dizer, tal como para afirmar o dolo não basta a representação da realização da acção perigosa, mas se exige a representação do resultado dessa acção, também a cognoscibilidade na negligência tem por objecto este resultado e não apenas aquela acção³⁵⁵. JAKOBS rebate finalmente o argumento de que a objectivação é necessária para preservar as pessoas especialmente capacitadas de exigências excessivamente altas³⁵⁶. Segundo o mesmo, como já vimos, trata-se aqui de um problema de risco permitido que se deve resolver antecipadamente, ao nível da própria imputação objectiva, “em função da incumbência do autor sobre a circunstância que conduz ao dano, ou seja, segundo um princípio normativo”³⁵⁷.

3.3. O momento da imputação da culpa na negligência

3.3.1. A necessidade de continuar a distinguir entre os níveis da imputação do ilícito e da culpa

Partindo do carácter central do juízo de culpa para que se possa afirmar a afectação da vigência da norma³⁵⁸, JAKOBS chega a questionar-se sobre se continua a fazer sentido a distinção entre aqueles dois níveis de imputação, chegando a perguntar se “não seria mais adequado voltar à teoria da imputação

³⁵⁵ JAKOBS (1991), § 9, n.º 10. Para ilustrar esta conclusão JAKOBS apresenta o seguinte exemplo: “Um médico que crê correcta uma medicação que a generalidade considera contrária à *lex artis*, e que reflecte efectivamente sobre isso, não actua dolosamente se, para sua surpresa o resultado se produz; ora, se é assim como é que, sem cognoscibilidade das consequências, a mera cognoscibilidade da inobservância da *lex artis* pode fundamentar a negligência?”.

³⁵⁶ JAKOBS (1974-1), 179 nota 47 e JAKOBS (1991), § 9, n.º 11.

³⁵⁷ JAKOBS (1991), § 9, n.º 11, apresenta, a propósito, o exemplo do estudante de arquitectura que, em férias, trabalha como pedreiro numa obra. Segundo este autor, se o estudante se apercebe de que a “massa de cimento” que deve efectuar não tem a consistência necessária, apesar do seu actuar doloso não comete um crime doloso por acção. Sobre o tratamento dado por JAKOBS a este género de casos, veja-se, *supra* nota 323.

³⁵⁸ Na dogmática de JAKOBS, referida estritamente à missão social do direito penal, o conceito chave é o da culpabilidade, diante do qual todos os demais, e especialmente o de ilícito, são instrumentais.

de Hegel, de modo a eliminar a separação entre ilicitude e culpa?”³⁵⁹. No seu entendimento, a resposta a esta questão depende, antes de mais, do modo como se formule a norma violada pelo agente que, segundo afirma e no que se refere aos crimes de lesão, deve sê-lo do seguinte modo: “não faças nada que num esquema de interpretação válido signifique lesionar”. A partir daqui conclui então que a resposta à questão de saber se a distinção entre ilicitude, como violação da norma, e culpa, como evitabilidade dessa infracção através da adopção de uma conduta racional, depende da resposta à questão de saber se se pode afirmar que aquele que age sem culpa também *lesiona*. Depois de afirmar que a resposta afirmativa a esta questão é praticamente unânime, JAKOBS rejeita vários dos argumentos que são tradicionalmente apontados em sua defesa³⁶⁰, acabando por aceitar apenas um deles, de natureza lógica: se o juízo de culpa pressupõe a consciência da ilicitude, é logicamente necessário começar por determinar o objecto dessa consciência, imprescindível à possibilidade de formular aquele juízo; ou seja, a própria ilicitude. Nas suas próprias palavras: “a falta de culpa por impossibilidade de conhecer ou cumprir a norma pressupõe que esta exista como tal, com independência da sua cognoscibilidade ou da possibilidade de a cumprir, pelo que aquilo que é contrário à norma, o ilícito, pode também existir independentemente”³⁶¹. Como, porém, para JAKOBS, a função do direito penal “não se cristaliza na ofensa à norma”, o juízo da ilicitude é apenas “um escalão valorativo preparatório” do juízo de culpa. Nesse sentido, segundo conclui, não existe uma lesão da vigência da norma “juridico-penalmente relevante” sem que possa formular-se um juízo de culpa³⁶². JAKOBS continua assim a distinguir entre um momento de *imputação do ilícito*, “em que se averigua da contradição do comportamento com a norma”, e o momento da *imputação da culpa*, a que dedicaremos mais alguma atenção já de seguida, em

³⁵⁹ JAKOBS (1992), 121.

³⁶⁰ Cf. JAKOBS (1992), 122-123.

³⁶¹ JAKOBS (1992), 123. No mesmo sentido afirma JAKOBS (1991), § 17, n.º 19: “O motivo para esta distinção entre conteúdo da norma e reconhecimento da norma reside em que o conteúdo da norma, como objecto do reconhecimento da norma, não pode abarcar ao mesmo tempo um juízo sobre este reconhecimento (ou seja, sobre a relação consigo mesmo) ”.

³⁶² JAKOBS (1992), 123.

que se averigua se “a infracção era evitável através da adopção de uma conduta racional”³⁶³.

3.3.2. O conteúdo do juízo de culpa.

Segundo JAKOBS, no juízo de ilicitude constata-se a contradição do comportamento com a norma. Mas, com isso, ainda não se decidiu se essa contradição se baseia num défice de fidelidade ao direito pelo qual o autor é responsável. Essa averiguação é o objecto do juízo de culpa. Nas suas próprias palavras: “o autor de um facto ilícito tem culpa quando a referida acção ilícita não só expressa uma falta de motivação jurídica dominante – por isso é ilícita – mas também quando ele é responsável por essa falta”³⁶⁴, o que de acordo com JAKOBS acontece quando a “disposição para se motivar conforme a norma correspondente e esse défice não se pode tornar compreensível sem que isso afecte a confiança geral na norma”³⁶⁵. Na síntese do próprio autor, “esta responsabilidade por um défice de motivação dominante, num comportamento ilícito, é a culpa”³⁶⁶.

Como acabámos de ver, segundo JAKOBS a confiança na vigência da norma só é afectada *se e na medida* em que se possa afirmar a *responsabilidade* do agente pelo défice de motivação dominante, o que, segundo o autor, passa por averiguar “que factores relevantes para a motivação pertencem ao âmbito das suas tarefas e que factores pode ele invocar como não disponíveis por si”³⁶⁷.

³⁶³ JAKOBS (1991), § 6, n.º 4.

³⁶⁴ JAKOBS (1991), § 17, n.º 1.

³⁶⁵ Como todos os conceitos em JAKOBS, também o conceito de culpa é determinado funcionalmente, a partir do fim do direito penal e da função que ao conceito de culpa cabe desempenhar enquanto instrumento para a prossecução desse fim. JAKOBS (1976) e JAKOBS (1991), § 17, n.º 1.

³⁶⁶ JAKOBS (1991), § 17, n.º 1.

³⁶⁷ JAKOBS (1991), § 17, n.º 20. O autor ilustra a afirmação com o exemplo de alguém que mata outra pessoa por ódio, que pode constituir um factor determinante para a motivação. Não obstante reconhecer que em regra não se pode afastar a responsabilidade pelo impulso de actuar *ódio* “uma vez que a responsabilidade deve continuar a ser individual e não pública, dado que os impulsos de actuar não são controláveis num sistema político de liberdades”, reconhece contudo que, em casos excepcionais, pode haver também responsabilidade da vítima pela formação do factor

Conclui, por isso, que “a fim de determinar a culpa há-de estabelecer-se que pressões sociais se podem imputar ao autor (...) e quantas qualidades perturbadoras do autor hão-de ser aceites pelo Estado e pela sociedade ou hão-de ser suportadas por terceiros”³⁶⁸. Decisivo é, porém, compreender que esta “atribuição de responsabilidades” se faz a partir de fora, na perspectiva do que é necessário para a estabilização da ordem jurídica de uma certa sociedade³⁶⁹. A existência e os limites da culpa dependem assim, decisivamente, do necessário para essa estabilização³⁷⁰. Desta forma, as motivações reais do sujeito (no exemplo dado em nota, o ódio) apenas serão tidas em conta se e na medida em que a sua consideração não afecte as expectativas normativas do cidadão fiel ao direito. Consequentemente, a determinação da culpa pelo fim do direito penal leva a que o seu objecto de valoração consista numa construção normativa³⁷¹. Esta perspectiva, por sua vez, tem depois consequências ao nível da conformação de todos os concretos elementos do tipo global de culpa³⁷², que, neste autor, são sempre concretizados em função daquela finalidade ou, de uma forma mais genérica, ao nível da concretização do sujeito a ter em conta a quando da averiguação da culpa. Para JAKOBS não relevam para a atribuição de responsabilidade pelo défice de motivação dominante num comportamento ilícito, em que a culpa se traduz, os elementos ou características

ódio e, nessa hipótese, essa co-responsabilidade da vítima funcionará como factor de diminuição da culpa do agente.

³⁶⁸ JAKOBS (1991), § 17, n.º 21.

³⁶⁹ JAKOBS (1991), § 17, N.º 1-3; 18 -22; cf. JAKOBS (1976), 73. Esta ligação, do conceito de culpa aos fins (preventivos) do direito penal, conduz a que o mesmo se afaste da concreta situação psíquica do agente. A culpabilidade não procura *medir* essa situação psíquica, mas *valorar*, a partir dos fins do direito penal, a necessidade de punir nessa concreta situação

³⁷⁰ JAKOBS (1991), § 17, n.º 22. A culpabilidade fundamenta-se através da prevenção geral e mede-se conforme a mesma; trata-se portanto do reconhecimento das normas pela generalidade das pessoas. Cf. JAKOBS (1976), 77.

³⁷¹ Nas suas próprias palavras, mais uma vez, JAKOBS (1976), 82: “uma vez que a análise pormenorizada da situação motivacional real perturbe a estabilização essa análise não se leva a cabo e a situação motivacional estabelece-se mediante uma construção. Agora, se a análise da motivação não perturba a estabilização, tal análise realiza-se”.

³⁷² Sobre o conceito de tipo legal de culpa cf. JAKOBS (1991), § 17, n.º 43 e ss.

individualizadoras do *concreto sujeito actuante*³⁷³. Segundo afirma, a culpabilidade determina-se de maneira objectiva, bastando “aquela medida de disposição [para cumprir a norma] que é necessária para manter a configuração da sociedade, não sendo suficiente uma medida menor nem necessária uma medida maior”³⁷⁴. Em suma: a culpabilidade em JAKOBS deixa de ser perspectivada como uma realidade pessoal ou individual, transformando-se em mais um elemento impessoal do conceito de crime.

Acrescente-se ainda que, para JAKOBS, este modo de configurar a culpa é essencialmente coincidente no caso de crimes dolosos e no caso de crimes negligentes³⁷⁵. Quanto a estes últimos, as especificidades situam-se fundamentalmente no que se refere ao elemento inexigibilidade, em que o autor admite a relevância de “transtornos da consciência”³⁷⁶. JAKOBS ilustra a afirmação com o seguinte exemplo: “um trabalhador tem conhecimento da notícia de que um filho sofreu um grave acidente enquanto está a realizar trabalhos de soldadura; aterrado, solta a soldadora, ainda acesa, o que provoca

³⁷³ JAKOBS (1995), 65. Como afirma, JAKOBS (1976), 85: “o nível de competência autónoma do sub-sistema [o sujeito que vai ser objecto do juízo de culpa] não se determina a partir da sua configuração concreta, mas a partir do que tem de se esperar dele”.

³⁷⁴ JAKOBS (1997-1), 8. O conceito de culpa de JAKOBS tem sido profundamente criticado por uma parte da doutrina (ROXIN, ARTHUR KAUFMANN), essencialmente, por ser incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana ao conduzir a uma instrumentalização da pessoa em nome da necessidade de estabilização das expectativas sociais. Para uma contra crítica cf., para além do próprio JAKOBS (1991), § 1º n.º 18-24; 48-52, PEÑARANDA RAMOS, SUÁREZ GONZÁLEZ, CANCIO MELIÁ (1997), 47-55.

³⁷⁵ JAKOBS (1991), § 20, n.º 35 onde o autor explicita que os pressupostos da culpa e da sua exclusão valem igualmente para o crime negligente. Ao contrário da tratadística dominante (cf., designadamente, ROXIN, JESCHECK, entre nós, FIGUEIREDO DIAS), JAKOBS considera que os pressupostos da culpa (ou da sua exclusão) são comuns ao dolo e à negligência.

³⁷⁶ Assim, JAKOBS (1991), § 20, n.º 36, onde se acrescenta que se trata “de hipóteses em que o autor negligente para evitar o comportamento ilícito deve fornecer algo, que o autor doloso sempre forneceu: a identificação dos elementos do comportamento, incluindo eventualmente as suas consequências. JAKOBS considera tratar-se de uma hipótese de inexigibilidade não tratada legalmente (tal como STRATENWERTH), uma vez que houve um bloqueio na motivação do agente que impediu aquela identificação. Do nosso ponto de vista, porém, como se verá mais à frente (cf. *infra* Parte II, Cap. III, 4.), certas emoções fortes podem logo impedir a própria cognoscibilidade e, assim, o preenchimento do tipo de ilícito negligente.

um incêndio”. Afirmar JAKOBS que, em caso de mera negligência, “pode ser compreensível que não esteja motivado predominantemente pela evitação de incêndios, mas que se preocupe predominantemente com a desgraça que acaba de lhe ser comunicada, embora fosse imperdoável que, em caso de dolo, não estivesse motivado para a evitação do incêndio”³⁷⁷. Já se a falta de discernimento é provocada por uma situação juridicamente irrelevante – no exemplo de JAKOBS, o adepto de um clube de futebol, irritado pelo erro do árbitro, bate negligentemente com uma garrafa de cerveja na cabeça de outro espectador – deve afirmar-se a culpa negligente, ainda que a intensidade do transtorno psíquico tenha sido igualmente intensa. Nas suas próprias palavras, mais uma vez, “não importa a intensidade do transtorno psíquico, mas a responsabilidade pela motivação dominante de o evitar”³⁷⁸. Assim, só no caso de o agente não ser responsável pelo bloqueio da motivação é que a ausência da motivação dominante terá relevância.

Comparando a concepção da culpa de JAKOBS com a dos seus colegas da tradição finalista de que inicialmente partiu, há que reconhecer o afastamento em pontos essenciais. A valoração da culpa deixou de ser censura do autor em razão do seu poder individual de motivação pelo direito, para passar a referir-se à necessidade de estabilização da ordem jurídica numa certa sociedade, uma problemática que tradicionalmente se liga à punibilidade e não à culpa. É certo que já desde ARMIN KAUFMANN que os critérios de exigibilidade de que depende a exclusão da culpa eram entendidos como critérios de quantificação da culpa tendo em vista o seu merecimento penal. Mas os critérios dessa quantificação em ARMIN KAUFMANN são fundamentalmente éticos e, por isso, individualizadores e não de prevenção geral.

³⁷⁷ JAKOBS (1991), § 20, n.º 36.

³⁷⁸ JAKOBS (1991), § 20, n.º 37. No mesmo sentido, refere JAKOBS (1989-2), 137 “não é a referência ao poder individual, seja ele qual for, o que oferece uma explicação [para a formulação do juízo de culpa], mas a referência à efectiva atribuição da tarefa de procurar esse poder”.

Por outro lado, JAKOBS recusa relevância à culpa na “condução na vida”, que explicaria certas formas de culpa na negligência, segundo WELZEL e STRATENWERTH. Argumenta JAKOBS, que a culpa na condução da vida antes do facto que se verifica em hipóteses de violação do dever de informação, normalmente presente no âmbito daquelas actividades especialmente reguladas juridicamente nas quais cabe esperar que quem as exerce se informe sobre a situação jurídica – por exemplo, o médico que utiliza de certa forma o RX no desconhecimento de que essa forma foi proibida por lei por ser considerada perigosa – só poderia ser punida se fosse especialmente tipificada e não existe tal tipo de crime. Diferentemente, propõe o autor que estas hipóteses se resolvam procurando decidir se o agente é *responsável pelo erro* que se verifica no momento da sua actuação, caso em que deve afirmar-se a sua culpa, ou se, diferentemente, essa responsabilidade pelo erro não pode ser afirmada, caso em que também a culpa deve ser negada³⁷⁹. Os critérios em função dos quais se afere da responsabilidade do agente pelo erro dependem, depois, dos respectivos âmbitos de regulação³⁸⁰, sendo que, em geral, segundo JAKOBS, “o autor pode deixar de ser responsável pelo erro se antes de actuar se comporta por forma a que o seu erro deva ser imputado a outro sistema”³⁸¹.

4. O papel da cognoscibilidade na dogmática da negligência de ROXIN

Às várias tentativas da escola finalista de encontrar uma base ontológica subjectiva do desvalor da acção do crime negligente opõe ROXIN uma teoria que, no limite, dispensa qualquer elemento de natureza subjectiva no tipo de ilícito negligente. Diz ROXIN que os elementos da imputação objectiva que se escondem por detrás da violação do dever de cuidado descrevem mais precisamente os pressupostos da negligência do que a própria cláusula geral do

³⁷⁹ JAKOBS (1991), § 19, n.º 37.

³⁸⁰ JAKOBS (1991), § 19, n.º 38.

³⁸¹ JAKOBS (1991), § 19, n.º 41. Para mais desenvolvimentos sobre os critérios da responsabilidade pelo erro, cf. § 19 n.º 35-45.

dever de cuidado. ROXIN dá, a este propósito, quatro exemplos: um jovem que convida a sua amiga para um encontro em que ela é atingida por um meteorito não viola o cuidado devido. Este resultado não lhe é objectivamente imputado, mas a razão da exclusão da imputação é, para este autor, mais bem explicada quando se diz que falta, nestas hipóteses, a criação de um perigo. Do mesmo modo, quando um cavalo se empina diante de um cão que corre na sua direcção – num terreno em que cães podem circular livremente – e, por consequência, o cavaleiro cai do cavalo, o dono do cão não violou o dever de cuidado. Melhor se diria que o facto não é imputável ao dono do cão porque falta a criação de um perigo não permitido. Vem a seguir o caso em que o autor conduz de acordo com as normas de circulação rodoviária e, não obstante, causa ofensa corporal numa pessoa que salta para a frente do carro. Também aqui não há, para ROXIN, violação do dever de cuidado, sendo que só a referência ao risco permitido permite fundamentar exactamente a exclusão da negligência. Finalmente, falta uma violação do dever de cuidado quando uma pessoa apenas contribui para a autocolocação dolosa em perigo de outrem ou quando ela pode invocar o princípio da confiança. Só que o verdadeiro fundamento desses casos está em que tais resultados não estão abrangidos pelo fim de protecção do tipo legal³⁸².

Julgamos, porém, que há que começar por fazer uma distinção entre os casos apresentados por ROXIN. Há, por um lado, aqueles que apresentam uma problemática específica da negligência e, por outro, os que são resolvidos segundo critérios de fundamentação da ilicitude que valem igualmente para o crime doloso e para o crime negligente. Quanto a estes últimos pode, com efeito, dizer-se, como faz o autor, que “o elemento da violação do dever de cuidado não leva mais longe do que os critérios gerais de imputação”, mas isto não implica que aquele seja um elemento “mais vago” do que estes critérios “e por isso dispensável”³⁸³. Com efeito, poderá perguntar-se se a cláusula geral da imputação objectiva não é igualmente imprecisa e se a precisão trazida pela determinação do elemento da imputação relevante não se poderia igualmente

³⁸² ROXIN (2006), §24, n.º 12.

³⁸³ *Ibidem*.

formular com igual precisão com o elemento do dever de cuidado. Haveria, simplesmente, nos exemplos apresentados por ROXIN, que dizer que o dever de cuidado não obriga a evitar mais do que a criação ou aumento do risco não permitido que se concretiza no resultado. Poderá, assim, dizer-se que a criação de um perigo e a não permissão ou proibição da criação do perigo são critérios positivos, e que o risco permitido e a não abrangência pelo fim de protecção da norma são critérios de delimitação negativos do dever de cuidado. Trata-se, então, de uma mera questão de construção jurídica, no sentido de que não há diferença nos resultados práticos nem na sua imediata justificação, mas apenas nos conceitos mais gerais de síntese, quer dos resultados, quer das justificações. Não nos interessa aqui decidir esta questão, embora mereça ser notado que a referência ao dever de cuidado torna mais claro que a referência ao risco que, na teoria da imputação objectiva, se trata verdadeiramente de uma questão de ilicitude e, nomeadamente, de saber que produção de um resultado se deve considerar proibida. Mais importante é notar, embora este ponto não seja aqui referido por ROXIN, que a teoria da imputação objectiva – e, portanto, a parte da teoria do dever de cuidado que é homóloga com ela – é comum ao crime doloso e ao crime negligente. Nos exemplos que neste âmbito são referidos por ROXIN é fácil imaginar hipóteses dolosas correspondentes; assim: quer no caso do meteorito, quer no caso do acidente com o cavalo não haveria imputação objectiva ainda que estivéssemos perante comportamentos dolosos. Nestes, a questão resolve-se ao nível da imputação objectiva sem se chegar a colocar a questão do dolo ou da negligência. Mas já no terceiro exemplo de ROXIN – o da pessoa que salta para a frente do carro – há que contrapor que a simples referência ao risco permitido é insuficiente para resolver o caso. Será ainda necessário averiguar se era cognoscível para o condutor o aparecimento de alguém à frente do veículo, se para ele era evitável o acidente, ou seja, se houve violação do dever de cuidado específico da negligência.

Diz ainda ROXIN, para defender a dispensa de recurso ao critério do dever de cuidado, que a sua admissão sugere a conclusão, que é falsa do ponto de vista da lógica das normas, que o crime negligente seria uma espécie de crime

omissivo³⁸⁴. ROXIN concorda aqui com JAKOBS quando este diz que, no “domínio comissivo, não se comanda o manejar cuidadoso de fósforos, mas proíbe-se o manejar sem cuidado; não há um dever de manejar”³⁸⁵. Quanto a nós esta crítica só procede se se entender que infracção do dever de cuidado se traduz na conduta tipificada no crime negligente; isto é, que essa infracção abrange a totalidade das características da acção e não é apenas uma característica ou elemento da acção proibida³⁸⁶. Com efeito, a norma que proíbe o homicídio negligente não se reduz a um comando (de manejar com cuidado fósforos ou outro instrumento de perigo), antes proíbe a acção de matar por descuido, isto é, com violação do dever de cuidado.

Também diz ROXIN, para rebater o critério do dever de cuidado, que o mesmo conduz à ideia, igualmente falsa do seu ponto de vista, que bastaria violar proibições abstractas de perigo ou normas de tráfego extra-legais para fundamentar uma imputação por negligência. Mais uma vez a conclusão de ROXIN é errada: na verdade, só assim seria se o tipo de crime negligente fosse reconduzido a um tipo de crime de perigo abstracto, o que só se verifica nos crimes negligentes de mera actividade que, como é sabido, são relativamente raros.

ROXIN defende ainda que também os elementos “previsibilidade” (ou “cognoscibilidade”) e “evitabilidade” são idênticos aos da imputação objectiva e, portanto, nada acrescentam. Assim, quanto ao elemento previsibilidade, afirma ROXIN que quando um resultado não era previsível, então é porque ou falta logo a criação de um perigo juridicamente relevante, como no discutido exemplo do meteorito, ou falta a concretização do perigo criado, como no caso da vítima de acidente que morre num incêndio no hospital. Já atrás se notou, porém, quanto ao primeiro exemplo, que não levanta nenhum problema específico de negligência, mas sim um problema anterior e comum ao crime doloso. E o mesmo vale para o segundo exemplo. Já quanto ao elemento da evitabilidade, diz ROXIN que quando

³⁸⁴ *Ibidem*.

³⁸⁵ JAKOBS (1991), § 9, n.º 6.

³⁸⁶ Sobre este ponto veja-se ainda *supra* Parte I. I. 1.5 e *infra* Parte I. IV. 1.1.1..

o resultado é inevitável falta a concretização de perigo – a este propósito dá o exemplo do transeunte que salta para cima do carro em excesso de velocidade, de modo que não seria possível evitar o acidente mesmo que tivesse sido observado o limite de velocidade³⁸⁷. Julgamos, contudo, que nas hipóteses, como é o caso desta, de comportamento lícito alternativo, as razões da falta de ilicitude típica do comportamento, que tem que ver com a irrelevância para o resultado do desvalor da acção, não são específicas do crime negligente, valendo igualmente para o crime doloso. Fica, porém, em aberto a possibilidade de noutras hipóteses a evitabilidade relevar para o tipo negligente.

Deve, contudo, acentuar-se que todas estas teses de ROXIN valem, segundo o próprio, apenas para o “caso normal”, em que as capacidades individuais do sujeito coincidem com critérios objectivos³⁸⁸, vendo-se este autor forçado a defender, como se verá já a seguir, a tese de que a eventual relevância de capacidade inferiores do sujeito deve ser considerada exclusivamente ao nível da culpa e não, desde logo, ao nível do tipo de ilícito.

O que acabámos de dizer liga-se a um outro ponto fundamental na dogmática da negligência em que ROXIN se afasta igualmente da maior parte da doutrina³⁸⁹. Trata-se da questão de saber se o critério do tipo e da ilicitude do crime negligente se afere pela capacidade média da generalidade das pessoas ou, diferentemente, se se consideram as capacidades individuais do agente quando

³⁸⁷ ROXIN (2006), §24, n.º 13.

³⁸⁸ ROXIN (2006), §24, n.º 53.

³⁸⁹ Veja-se, por exemplo, JESCHECK, WEIGEND (1996), § 54, I, 3: que afirmam “Só quando se verifica o lado objectivo do facto negligente (tipo de ilícito) pode depois verificar-se se o comando geral de cuidado e de previsão pode também ser cumprido pelo autor individual segundo a sua inteligência e cultura, a sua habilidade e capacidade, a sua experiência de vida e a sua posição social (tipo de culpa)”. Assim, também, na doutrina austríaca BURGSTALLER (2001). Já antes, do mesmo, BURGSTALLER (1974), que se pode considerar a doutrina dominante no seu país, apesar das críticas de TRIFFTERER (1994), 302, segundo o qual “apenas a violação subjectiva do dever se deve considerar como o elemento característico do conceito da negligência, porque a violação objectiva do dever é um critério geral da imputação objectiva (que vale igualmente para os crimes dolosos e negligentes). A essência da negligência não está, portanto, numa dupla violação do cuidado, mas apenas em que age uma pessoa, que segundo as suas capacidades individuais (subjectivas) tinha pelo menos podido prever (e portanto através da omissão da acção correspondente teria podido evitar)”.

sejam superiores ou inferiores à média. Defende ROXIN que as capacidades individuais são de ter em conta quando acima da média, mas já não quando sejam abaixo da média. ROXIN apresenta quatro argumentos pelos quais considera que as capacidades inferiores à média não são de ter em conta para a tipicidade e a ilicitude.

Segundo um primeiro argumento “a impossibilidade individual de actuar de outro modo, ao menos nos crimes comissivos, é sempre um problema da culpa, enquanto a imputação ao tipo objectivo se liga aos critérios da criação de perigo e do fim da norma que são independentes da individualidade do sujeito. Se se fizer depender já a realização do tipo de critérios individualizadores anula-se, em parte, a separação entre ilícito e culpa”³⁹⁰. A distinção a que se refere ROXIN entre crimes comissivos e omissivos remete para a tese de ARMIN KAUFMANN, a que *supra* já nos referimos, de que omitir todos podem, pelo que nos crimes comissivos não há dúvidas quanto ao poder omitir de cada indivíduo. Porém, em ARMIN KAUFMANN esta tese supõe a superação da ideia de que o não poder individual de agir de outra maneira é sempre um problema da culpa. Para ARMIN KAUFMANN o dever é limitado pelo poder tanto em geral como em concreto, só que a aplicação deste princípio tem diferente resultado nos crimes por acção e por omissão, por nos primeiros não se poder, segundo ARMIN KAUFMANN, duvidar do poder de cumprir o dever, que é aí omitir a acção proibida. Já atrás procurámos refutar esta tese. O poder relevante, tanto nos crimes por acção como nos crimes por omissão, é sempre em simultâneo de praticar ou não uma acção possível, é sempre poder de agir e de omitir. Por outro lado, se a ilicitude e a culpa não se distinguem pela dependência do poder individual, continuam a distinguir-se por outros critérios, como ROXIN, aliás, admite, ao dizer que só “em parte” a tese individualizadora anula a distinção.

O segundo argumento de ROXIN é o de que as consequências práticas também se opõem a atribuir a uma incapacidade individual um efeito exonerador do tipo. A teoria individualizadora implicaria, diz ROXIN, que se um condutor

³⁹⁰ ROXIN (2006), §24, n.º 58.

padece de esclerose, ou falta de vista, ou está embriagado, e em consequência da sua incapacidade causa um acidente, para ele inevitável, actuaria conforme o direito. Conclui ROXIN que se assim fosse, a figura da negligência na aceitação não poderia fundamentar a sua responsabilidade³⁹¹. Só que a premissa de que parte quanto às consequências, nestes casos, da opção por uma teoria individualizadora, não é verdadeira, precisamente quando estamos perante um caso de negligência na aceitação, a qual, segundo a teoria individualizadora, se verifica quando o agente tem capacidade individual para conhecer a sua própria incapacidade. Mas, nesta última hipótese, é ilícita a aceitação do comportamento que conduz ao resultado e, portanto, essa aceitação preenche o tipo de ilícito.

Em terceiro lugar, diz ROXIN que o argumento retirado da lógica das normas, que os defensores da teoria individualizadora apontam contra a concepção generalizadora – segundo o qual o comando legal só poderia ser dirigido a “fazer” o individualmente “possível” – não pode aceitar-se, uma vez que a norma se dirige a todos. E, acrescenta, deve fazê-lo, desde logo para deixar claro àquele cuja capacidade de rendimento é duvidosa o que se espera dele como mínimo, levando-o a abster-se do seu comportamento em caso de não estar em condições de alcançar esse mínimo³⁹². Julgamos, contudo, que o argumento que se pode extrair da lógica das normas é precisamente o de que só faz sentido que a norma se dirija a todos aqueles que podem cumprir o que ela comanda. Nos casos de negligência na aceitação a norma não pode esperar que o incapaz, tendo iniciado uma actividade perigosa, evite o perigo, mas pode esperar que evite a actividade, desde que para ele seja cognoscível a sua incapacidade. E não se diga, como diz aqui ROXIN, que então não haveria razão para que a inimputabilidade e o erro sobre a proibição inevitável não devessem excluir a tipicidade, com a consequente identificação dos juízos da ilicitude e da culpa³⁹³. Não cabe aqui

³⁹¹ ROXIN (2006), §24, n.º 59. Parece-nos claro que a questão do merecimento penal do ilícito nestes casos é, para a teoria individualizadora, desde logo, uma questão da tipicidade do ilícito e não uma questão que surgirá apenas, como para ROXIN, a título de responsabilidade por culpa.

³⁹² ROXIN (2006), §24, n.º60.

³⁹³ *Ibidem*.

discutir o critério de distinção entre ilicitude e culpa. Bastará, porém, dizer, para refutar a necessidade destas implicações, que tal identificação não acontecerá, se se distinguir a capacidade de agir lícitamente da capacidade de motivação pela ilicitude.

Já quando a capacidade do agente está acima da média, ROXIN entende dever dar razão à teoria individualizadora. A falta de paralelismo sistemático é justificada por ROXIN alegando que “os argumentos que depõem a favor da tipicidade do comportamento de quem fica aquém de um nível objectivo mínimo, não se podem transpor para o domínio das capacidades acima da média. Por outro lado, o que há que fazer valer a favor de uma individualização não tem qualquer correspondência nos casos de fraqueza prestativa”³⁹⁴. Como já atrás se criticaram os argumentos a favor da não consideração da inferioridade da capacidade individual relativamente à média, resta discutir se os argumentos que ROXIN invoca a favor da consideração da capacidade individual quando esta é superior à média não têm igualmente correspondência na hipótese inversa.

O primeiro argumento é o de que a tese contrária implicaria o sacrifício desnecessário de bens jurídicos, a começar pela vida, o que estaria contra os fundamentos da ordem jurídica. Assim, no exemplo do condutor experiente de ralis que seria capaz de controlar a derrapagem do seu carro e não o faz, matando o transeunte, a teoria generalizadora teria de permitir a morte, apesar desta ser desnecessária, porque evitável para aquele condutor. O mesmo aconteceria no caso do cirurgião especialmente qualificado, que poderia ter evitado a morte do paciente que operou, ao contrário do que faria um cirurgião de capacidade média, bem como no caso do socorrista que, sendo campeão mundial de natação, não chega a tempo de salvar o acidentado por nadar à velocidade de um nadador médio³⁹⁵. Ora, não é verdade que o argumento de que o direito deve exigir que se evitem sacrifícios evitáveis, para o agente, de bens jurídicos, não possa ser usado *a contrario* para justificar que o direito não deve exigir que se evitem sacrifícios

³⁹⁴ ROXIN (2006), §24, n.º 65.

³⁹⁵ ROXIN (2006), §24, n.º 61.

de bens jurídicos que são inevitáveis para o agente. Em ambos os casos se justifica que o dever seja limitado pelo poder individual do agente.

ROXIN argumenta, em segundo lugar, que se o saber especial pode ser fundamento, sem discussão, da negligência, como acontece no caso de quem conhece ou poderia conhecer a falha mecânica do motor do veículo que não obstante conduz, o mesmo deve valer para o especial poder³⁹⁶. Ora, não se vê que este argumento, que é certamente válido para a tese individualizadora, não tenha correspondência quando o saber do agente é inferior ao da média.

ROXIN considera, por outro lado, como uma concessão implícita à teoria individualizadora, que os partidários da generalização distingam vários círculos de tráfego que permitem obter em grande parte os mesmos resultados que a individualização, ao generalizarem circunstâncias que caracterizam o caso concreto³⁹⁷. Porém, os círculos de tráfego tanto se podem definir acima como abaixo da média. A sua distinção, aliás, é feita precisamente para recusar a aplicação do critério da média.

Finalmente, o argumento de que ao exigir acima da média ao especialmente capaz, o direito não exige um esforço especial, mas um esforço correspondente à sua capacidade³⁹⁸, pressupõe uma ideia de correspondência entre exigência e capacidade que vale tanto para as capacidades acima como para aquelas que se situam abaixo da média.

Especificamente quanto à negligência inconsciente, defende ROXIN que não há qualquer tipo subjectivo, bastando para a fundamentação do ilícito o mero dever de conhecer os factores de perigo por parte do agente³⁹⁹. Para que a negligência inconsciente seja culposa ROXIN exige, porém, a cognoscibilidade das circunstâncias fundamentadoras do perigo. Nas suas palavras: “é errado supor que não está no poder das pessoas pensar em circunstâncias que não estão

³⁹⁶ ROXIN (2006), §24, n.º 62.

³⁹⁷ ROXIN (2006), §24, n.º 63.

³⁹⁸ ROXIN (2006), §24, n.º 64.

³⁹⁹ ROXIN (2006), §24, n.º 76.

presentes no seu espírito. Toda a nossa vida social assenta em que é possível ao homem avaliar e controlar os perigos que de si partem”⁴⁰⁰. Em defesa da tese da inexistência de tipo subjectivo (na ilicitude) na negligência inconsciente, ROXIN critica a tese de STRUENSEE, segundo a qual na negligência inconsciente há tipos de risco não escritos que têm de ser abrangidos pela vontade final do autor, pelo que teríamos um tipo subjectivo que não tem por objecto as circunstâncias do facto típico, mas sim os factores do risco da realização desse facto. Contra esta concepção argumenta ROXIN que ela implica que se entenda que os casos em que não há negligência são casos de desconhecimento de factores de risco e, portanto, casos de erro. Diferentemente, entende ROXIN que quem actua dentro dos limites do risco permitido não é punível por causa de um qualquer desconhecimento, mas porque não criou um perigo juridicamente desaprovado⁴⁰¹. É certo que STRUENSEE critica as teorias da imputação objectiva por serem obrigadas a introduzir elementos subjectivos na definição do risco permitido. Mas, em princípio, a definição do risco é sempre antecedente à dos factores de risco, pelo que também para STRUENSEE não tem sentido admitir o erro relativamente a factores do risco permitido.

Em segundo lugar faz notar ROXIN que a negligência nem sempre se baseia no conhecimento de factores fundamentadores do risco. Quando um automobilista é tão desatento que nem sequer repara no sinal vermelho ou na curva, é-lhe imputável o resultado mesmo que não tenha consciência de realizar circunstâncias relevantes do risco, valendo o mesmo para as situações de simples esquecimento⁴⁰². Este argumento de ROXIN foi, por sua vez, criticado por HOYER. Segundo HOYER trata-se aqui de um caso de negligência na aceitação, que permite fazer anteceder a censura de negligência inconsciente ao momento da falta de atenção ou concentração. Afirma HOYER: “Se o autor no tráfego rodoviário estava distraído por outras actividades, observações, ou pensamentos, quando passou pelo sinal de trânsito ou de novo o esqueceu, então precisamente

⁴⁰⁰ ROXIN (2006), §24, n.º 69.

⁴⁰¹ ROXIN (2006), §24, n.º 75.

⁴⁰² *Ibidem*.

essas actividades, observações ou pensamentos formam o indicador de risco de que o autor no momento ulterior possivelmente não mais disporia da base de prognose necessária para poder prever um risco ameaçador como consequência do seu agir. Que estava distraído em pensamento (indicador de risco) sabia o agente no momento da sua distração, ou positivamente por si próprio ou porque sempre poderia deduzi-lo da sua ocupação com o objecto dessa distração. O autor, portanto, conhecia, numa fase inicial do seu facto, um factor de risco (estar distraído; ocupação do pensamento com o objecto da distração) a partir do qual ele teria podido conhecer o risco de, numa fase ulterior do seu facto, não poder reconhecer os riscos existentes que de outro modo lhe seria possível reconhecer. Também aqui um conhecimento positivo do autor de determinadas circunstâncias (a sua própria ocupação como o objecto de distração) forma, portanto, afinal, a base para imputar ao autor o comportamento negligente inconsciente”⁴⁰³. Em resposta, insiste ROXIN em que “não prestar atenção, esquecer, não reparar e outras faltas de atenção são processos inconscientes e involuntários, sendo que para que se pudesse falar de um tipo subjectivo o autor teria pelo menos de ter consciência de criar um qualquer factor de risco”⁴⁰⁴. Parece claro que HOYER distingue aqui factores de risco que ROXIN não distingue: não reparar em ou esquecer um sinal de cuidado é um factor de risco que na hipótese é inconsciente, mas a causa da falta de atenção ou do esquecimento é *outro* factor de risco de que o autor pode ter consciência pois ele, em princípio, não pode deixar de ter consciência daquilo que o distrai ou daquilo que está a pensar. É este segundo factor de risco, que é normalmente consciente, que, segundo HOYER, *devia* fazer o autor tomar consciência do risco da produção do resultado, que não é consciente.

ROXIN mantém a sua tese de que não há um tipo subjectivo na negligência inconsciente mesmo nos casos em que os conhecimentos do autor são relevantes para a fundamentação da negligência, uma vez que nesses casos eles são considerados ao nível e fazem parte logo do próprio juízo de imputação

⁴⁰³ HOYER (2004), § 16, n.º 34 -35.

⁴⁰⁴ ROXIN (2006), §24, n.º 75.

objectiva. São certamente casos desse tipo os referidos atrás de consideração de capacidades especiais do sujeito por força dos seus especiais conhecimentos. Diz ROXIN que “não se pode formular, a partir daí, um tipo subjectivo, quer porque essas circunstâncias não se podem indicar abstractamente, quer porque o conhecimento de um elemento fundamentador do risco pode sempre ser substituído pelo conhecimento ou pelo mero ter de conhecer de um outro factor de perigo”⁴⁰⁵. Não se vê bem como pode ROXIN negar um tipo subjectivo nos casos em que a imputação objectiva se fundamenta em elementos psíquicos internos, quando o próprio afirma que o tipo da negligência inconsciente coincide exactamente com o da imputação objectiva. Quando muito ROXIN poderia dizer que a possibilidade de imputação objectiva se estende até onde puder estender-se o tipo subjectivo. A circunstância de o conhecimento de um factor de risco poder ser substituído pelo conhecimento de um qualquer outro factor de risco, não exclui a possibilidade da sua descrição abstracta como conhecimento de factores de risco que fundamentam a cognoscibilidade da produção do resultado. Aliás, o próprio ROXIN reconhece que tal cognoscibilidade é elemento subjectivo comum a toda a negligência inconsciente, embora a situe só na culpa por argumentos sistemáticos que discutimos atrás.

Uma vez que ao nível do tipo e do ilícito não admite na negligência inconsciente um tipo subjectivo e, em geral, não considera a capacidade individual do autor excepto se for superior à média, ROXIN vê-se obrigado a uma falta de correspondência sistemática com a teoria da culpa no crime doloso e a admitir uma causa de exclusão da culpa específica da negligência, que será a incapacidade individual. Para alguém poder ser punido por ter actuado negligentemente, além de realizar um perigo não permitido que esteja dentro do âmbito de protecção da norma, devem os riscos poder ser representados subjectivamente pelo agente e o resultado para ele ser evitável. Portanto, no caso de incapacidade individual⁴⁰⁶ de prever ou de evitar a realização do tipo, não há,

⁴⁰⁵ ROXIN (2006), §24, n.º 76.

⁴⁰⁶ ROXIN impõe limites à relevância da individualização. Assim no caso de haver, por detrás da incapacidade individual de conhecer e evitar, defeitos do carácter, como ser

para ROXIN, punibilidade por crime negligente, mas não porque não se preencha o ilícito negligente, mas antes porque não há culpa. Isto é geralmente aceite, só que ROXIN entende haver aqui uma causa de exclusão da culpa adicional, enquanto para uma boa parte da doutrina, com vimos, já falta, nesta hipótese, a própria realização do tipo de ilícito⁴⁰⁷.

É neste enquadramento sistemático que ROXIN introduz a figura da negligência na aceitação. Tratar-se-ia de hipóteses de incapacidade individual que excluiriam a culpa no momento da produção do resultado, mas em que a própria incapacidade era conhecida ou cognoscível para o autor no momento anterior ao início da actividade, pelo que este poderia evitar o resultado através da sua omissão. Portanto, só fora dos casos de negligência na aceitação, isto é, só nos casos de incapacidade individual de prever ou de evitar que não sejam acompanhados de negligência na aceitação, é que ROXIN se vê obrigado a admitir uma causa de exclusão da culpa sem paralelo no crime doloso e que não está expressamente reconhecida na lei, pelo que tem de ser deduzida directamente do princípio da culpa⁴⁰⁸.

5. A negligência inconsciente como cognoscibilidade da possibilidade da realização do tipo, segundo FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER

A doutrina de ENGISCH da cognoscibilidade da realização do tipo como elemento específico da negligência inconsciente foi, mais tarde, retomada por FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER. O princípio geral é expresso por SCHROEDER nos seguintes termos: “realizações do tipo conhecidas ou cognoscíveis enquanto possibilidade podem ser evitadas, e cada um tem o dever

uma pessoa superficial ou indolente, estes não terão relevância para fundamentar essa incapacidade. Já serão tidos em conta na análise da capacidade subjectiva” “a inteligência, a formação e o conhecimento da experiência, assim como sexo, idade e todas as demais condições físicas do agente” (ROXIN (2006), §24 n.º 121). No mesmo sentido JESCHECK, WEIGEND (1996), §57, II, 2.

⁴⁰⁷ ROXIN (2006), §24, n.º 114-116.

⁴⁰⁸ ROXIN (2006), §24, n.º 117-119.

de ao agir aplicar os seus poderes cognitivos para conhecer a possibilidade de realização do tipo e assim obter a possibilidade de o evitar”⁴⁰⁹. Este princípio aplica-se quer à negligência consciente, quer à inconsciente. Embora só desta última tratemos aqui, pode dizer-se que sempre que há conhecimento há também cognoscibilidade. A referência aos poderes cognitivos de cada um sugere a adopção de um critério individualizador na apreciação da cognoscibilidade logo na ilicitude mas, como se verá, não é essa a sua posição. Passando a um nível analítico, dirá SCHROEDER que “uma vez que a realização do tipo resulta da intervenção do agente em certas situações de facto ou do seu comportamento relativo a terceiros intervenientes, são *pressupostos fundamentais* da cognoscibilidade da realização do tipo: a cognoscibilidade da situação de facto e a previsibilidade da acção própria e das acções dos outros e das suas consequências”⁴¹⁰. Para que o juízo sobre a cognoscibilidade não se torne um juízo global indiferenciado, propõe SCHROEDER separar e tipificar os factores intervenientes no conhecimento e na cognoscibilidade. É este o seu contributo mais original, em que procura ir mais além do anteriormente alcançado por ENGISCH e pela doutrina civilista (DEUTSCH, LORENZ)⁴¹¹.

Como factores de cognoscibilidade SCHROEDER considera especialmente os meios de conhecimento, o tempo e a ocasião. Passando aos meios de conhecimento dir-se-á, com este autor, que para o conhecimento da situação de facto são necessárias determinadas capacidades corporais, nomeadamente os sentidos, bem como meios técnicos para aumento das forças dos sentidos, tais como óculos, microscópios, aparelhos auditivos, etc., e ainda a lembrança de factos, o conhecimento e a recordação de regras de experiência⁴¹² e, finalmente, a

⁴⁰⁹ SCHROEDER (1994), § 16, n.º 127.

⁴¹⁰ SCHROEDER (1989), 779.

⁴¹¹ SCHROEDER (1994), § 16, n.º 132, também refere que considera desejável o recurso à psicologia mas, nesta parte, fica-se pelo desejo (excepto quanto à consideração da lei de Hick, a propósito do tempo).

⁴¹² No seu exemplo: mesmo quem não pode estabelecer através dos sentidos, dos meios técnicos auxiliares e da recordação de factos que a estrada está gelada pode fazê-lo por recordação e aplicação das regras de experiência de que estradas húmidas gelam quando está frio (SCHROEDER (1994), n.º 133).

vontade e capacidade actual de recorrer a todas estas propriedades. A maior parte das capacidades aqui mencionadas, nomeadamente o poder dos sentidos, da recordação, bem como as capacidades intelectuais, compõem-se por sua vez de aptidão e educação⁴¹³. Os meios de conhecimento dos factos e as regras de experiências, podem, ainda, resultar de informações prestadas por outros, designadamente especialistas⁴¹⁴.

Quanto ao tempo, afirma SCHROEDER: “uma vez que nos factores anteriormente mencionados têm de ser produzidas prestações, o tempo disponível desempenha um papel essencial. Aqui, há que considerar que o tempo de decisão aumenta com o número de alternativas (a chamada a lei de HICK), mas que na apreciação do perigo o tempo necessário a essa apreciação não depende da grandeza do perigo mas, diferentemente, atinge o seu valor máximo quando há igual probabilidade da produção da produção de um dano ou de um resultado positivo. A teoria da decisão pode prestar uma preciosa ajuda quando, como é frequente, o agente tenha de calcular previamente cursos causais incertos, especialmente as possibilidades de reacção de outra pessoas, em que se conjugam a cumulação de alternativas e a problemática conexa do tempo. Se, como é frequente, só há um tempo limitado disponível para a escolha das acções alternativas, então, invertendo a lei de HICK, só pode ser trabalhado subjectivamente um número limitado de alternativas. A não consideração de todas as alternativas pode aqui ser não apenas acertada, mas ser mesmo imperativa para evitar um excesso de exigência. Em vista do tempo crescente de decisão quando as alternativas são igualmente prováveis, pode, para evitar uma exigência excessiva na decisão, ser imperativa uma avaliação ‘inexacta’”⁴¹⁵.

Relativamente ao último factor de cognoscibilidade mencionado por SCHROEDER, o factor ocasião, diz este autor que pode ainda afirmar-se uma cognoscibilidade mesmo quando o agente não tenha “uma ocasião consciente” para o conhecimento. Segundo acrescenta, “todos têm o dever de ser cuidadosos

⁴¹³ SCHROEDER (1994), § 16, n.º 133.

⁴¹⁴ SCHROEDER (1994), § 16, n.º 135.

⁴¹⁵ SCHROEDER (1994), § 16, n.º 137.

e na sua actuação prestar atenção às circunstâncias de facto mais importantes, que são, então, ocasiões para ulteriores possibilidades de conhecimento (...). De outro modo (...) seria tratado o cidadão cuidadoso mais duramente que o indiferente”⁴¹⁶. Em crítica a SCHROEDER, há que distinguir, entre os elementos da ocasião, aqueles de que se deve exigir consciência daqueles em que basta a cognoscibilidade. Sem consciência de um sinal objectivo de perigo não há ocasião para ulteriores possibilidades de conhecimento.

Estes desenvolvimentos de SCHROEDER sobre os factores da cognoscibilidade deixam, porém, em aberto, como ele próprio acentua, as questões de saber se a cognoscibilidade se deve apreciar segundo um duplo critério; isto é, primeiro, em geral, e depois, individualmente, ou só individualmente e se nesta última alternativa esse critério pertence à ilicitude ou à culpa⁴¹⁷. SCHROEDER responde a estas últimas questões, defendendo o critério duplo de apreciação da cognoscibilidade. Para este autor, haverá que fazer anteceder à consideração das capacidades individuais, que sempre será, em última análise, relevante em sede de culpa, a definição de um critério objectivo, que, segundo SCHROEDER, tem a importante função de estabelecer padrões de comportamento. Nas suas próprias palavras, “a prevenção geral já não pode hoje ser entendida como intimidação actual imediatamente anterior à prática do facto, mas apenas como um processo psicológico-social a longo prazo de interiorização das normas jurídicas”⁴¹⁸.

Como consequência da defesa de um critério objectivo, considera este autor que não devem ser tidas em conta na apreciação da cognoscibilidade as capacidades especiais acima da média. O argumento decisivo é o de que “a inclusão de capacidades especiais no juízo da negligência necessariamente paralisa de forma inconveniente medidas espontâneas para evitar o resultado. A

⁴¹⁶ SCHROEDER (1994), § 16, n.º138.

⁴¹⁷ Assim, no seu artigo de 1989 (SCHROEDER (1989), 780), em que deixa estas questões sem resposta, que só irá dar em 1994 no seu comentário ao § 16 do Código alemão no *Leipziger Kommentar* (SCHROEDER (1994)).

⁴¹⁸ SCHROEDER (1994), § 16, n.º 146.

prontidão para adquirir elementos de segurança que ainda não são geralmente obrigatórios (por exemplo, limpa pára-brisas traseiro nos automóveis), efectuar antes de operações investigações prévias complicadas, informar-se sobre troços da estrada especialmente perigosos, seria dissuadida, se as capacidades assim obtidas se tornassem imediatamente num dever. Isto vale também para o saber especial. Deverá a frequência espontânea de cursos de formação ser punida com a transformação em dever do saber assim alcançado?”⁴¹⁹. Este argumento não procede, pois não há nenhuma prova de que a aquisição de capacidades e conhecimentos seja desincentivada pelo acréscimo de responsabilidade que acompanha essa aquisição. Pelo contrário, é mais razoável admitir que se a responsabilidade não acompanhar a capacidade haverá menos motivação para o pleno exercício da capacidade. O argumento de SCHROEDER baseia-se precisamente na prevenção geral negativa (para evitar a pena será preferível saber menos e poder menos) e não na prevenção geral positiva pela interiorização dos valores jurídicos (que levará a assumir maior responsabilidade), que considera mais eficaz.

SCHROEDER reconhece, porém, que as capacidades especiais tendem a transformar-se em dever, seja porque o que começa por ser espontâneo se espalha e se torna padrão de comportamento, seja porque o especialmente capaz ao ter direitos especiais como por exemplo retribuição superior, obriga-se à utilização de novas capacidades. Em consequência, o critério objectivo diferencia-se por círculos de tráfego⁴²⁰. Esta diferenciação segundo círculos de tráfego deverá fazer-se não só no caso de capacidade superiores mas também no caso de capacidades inferiores, em “círculos de tráfego com exigências de cuidado diminuídas”⁴²¹. Contudo – acrescenta – diferentemente do que acontece no direito civil em que o sexo ou a idade são reconhecidos como círculos de tráfego, na jurisprudência e na doutrina penais as diferenças físicas, intelectuais, etárias, de formação ou de experiência estão relacionadas com a previsibilidade

⁴¹⁹ SCHROEDER (1994), § 16, n.º 148.

⁴²⁰ SCHROEDER (1994), § 16, n.º 149.

⁴²¹ SCHROEDER (1994), § 16, n.º 152.

individual e não são consideradas segundo círculos de tráfego⁴²². A propósito destas diferenças SCHROEDER defende uma distinção entre deficiências mutáveis e imutáveis dos factores de conhecimento. Quanto a estas últimas, há que reconhecer – afirma – que não faz sentido postular a ilicitude do não conhecimento⁴²³. Temos, portanto, que para SCHROEDER não há um único critério objectivo, mas tantos quantos os múltiplos e mutáveis círculos de tráfego que são progressivamente reconhecidos e que acabam, necessariamente, por enfraquecer o seu argumento da necessidade de interiorização do critério objectivo para salvaguardar a eficácia preventivo-geral das normas penais. A principal objecção contra este argumento é, porém, a de que a interiorização do dever se faz independentemente das ocasiões em que o mesmo se concretiza, que são aquelas em que ele pode individualmente ser cumprido. O critério individualizador na apreciação da cognoscibilidade ao nível da ilicitude ressurgue, afinal, para SCHROEDER, quando considera que a ilicitude é excluída sempre que não há conhecimento em virtude de deficiências imutáveis dos factores de conhecimento, entre os quais se incluem as capacidades individuais. É certo que SCHROEDER diz que a cognoscibilidade da realização do tipo só deixa verdadeiramente de existir no caso de aparecimento inesperado de uma incapacidade de conhecer. Este autor dá como exemplos disso mesmo o aparecimento repentino e inesperado de sinais de fadiga num condutor ou a realização de uma manobra incorrecta em virtude de uma súbita aflição com o perigo gerado por um desvio para a faixa contrária. Já quando a deficiência imutável é conhecida, SCHROEDER defende que a situação dá lugar a uma negligência na aceitação. Contudo, ao contrário do que SCHROEDER sustenta, os casos habitualmente considerados de negligência na aceitação não são um argumento contra o critério individualizador na apreciação da cognoscibilidade, mas apenas antecipam a aplicação desse critério.

Em conclusão, do nosso ponto de vista, resta como contributo positivo de SCHROEDER a análise diferenciada que faz dos factores de cognoscibilidade, não

⁴²² SCHROEDER (1994), § 16, n.º 152.

⁴²³ SCHROEDER (1994), § 16, n.º 153.

obstante a reconhecida falta de aprofundamento psicológico. Mais diferenciada e mais atenta à psicologia será a doutrina de DUTTGE, de que vamos passar a ocupar-nos.

6. A “ocasião certa” (*triftige Veranlassung*) simultaneamente como base ontológica e critério normativo da cognoscibilidade individual em DUTTGE

6.1. A exigência constitucional de uma maior concretização do específico desvalor de acção nos crimes negligentes como ponto de partida

Considerando, por um lado, que o Direito Penal alemão não oferece uma determinação legal suficiente do conceito de negligência, que considera mesmo altamente incerto do ponto de vista etimológico⁴²⁴ e, por outro lado, que também os *topoi* entretanto aduzidos para a sua concretização (como “dever de cuidado”, “infracção do risco permitido” ou “cognoscibilidade”) não permitem ultrapassar essas dificuldades, no essencial por sofrerem de idênticos problemas de indeterminação⁴²⁵, DUTTGE procura evidenciar em que consiste o específico desvalor da acção no comportamento negligente, dessa forma contribuindo para o cumprimento da exigência constitucional de certeza decorrente do Artigo 103.º, Abs. 2 da GG⁴²⁶.

6.2. A determinação da “ocasião certa” a partir da jurisprudência

Do ponto de vista metodológico DUTTGE avança para essa tarefa a partir da análise da realidade tal como ela surge revelada pela jurisprudência. A opção justifica-se, no seu entendimento, quer porque “há mais de cem anos que a

⁴²⁴ DUTTGE (2001), 203-204.

⁴²⁵ DUTTGE (2001), 41 e ss.

⁴²⁶ O Artigo 103.º, Abs. 2 da GG diz: “Um facto só pode ser punido, se a punibilidade estava legalmente determinada, antes de o facto ter sido cometido”. Reconhecendo embora que algum grau de indeterminação da lei penal é inevitável, quer por força da necessária abstracção de cada norma quer em virtude da imprecisão da própria linguagem, DUTTGE afasta, porém, os principais argumentos que tradicionalmente são invocados contra a possibilidade de uma maior precisão do conceito de negligência (DUTTGE (2001), 135-218 e 491).

jurisprudência tem sido confrontada com uma multiplicidade incomensurável de casos e, em cada um deles, tem tido a necessidade de fundamentar perante si própria e a comunidade em geral, porque é que admitiu ou negou uma negligência penalmente relevante nesta ou naquela constelação”, quer porque com a determinação do conteúdo específico da negligência se deve “ter a pretensão de responder às questões da vida concreta”⁴²⁷. Em suma e ainda nas suas próprias palavras: “a análise deste amplo material não apenas revela os pontos de vista decisivos na prática judiciária, mas conduz igualmente a um entendimento do conceito de negligência mais preciso e mais próximo da vida”⁴²⁸. Apoiado nessa jurisprudência DUTTGE acentua depois que o núcleo essencial do conceito de negligência não está na mera violação do “dever geral de cuidado”, enquanto expressão abstracta de uma acção desvaliosa, mas na sua relação com a proibição geral de lesar bens jurídicos⁴²⁹. É ainda a partir desta ideia, associada àquela outra de que só se pode censurar o evitável, que DUTTGE chega ao conceito central de toda a sua construção: o conceito de “ocasião certa” (*triftige Veranlassung*).

A negligência pressupõe, segundo afirma, que as circunstâncias especiais do caso concreto evidenciem a situação de perigo e, conseqüentemente, a possibilidade de contar com a violação do bem jurídico e, dessa forma, exigem um impulso ou uma reacção tendente à sua não verificação. Como concluiu, então, o núcleo essencial da negligência não está na realização do comportamento perigoso. Objecto de censura é, antes, a não distanciação

⁴²⁷ DUTTGE (2001), 492. Para mais desenvolvimentos sobre as vantagens do método utilizado cf. DUTTGE (2001), 219-271.

⁴²⁸ Contra a objecção que avança com a inadmissibilidade lógica ou incerteza de um raciocínio indutivo, DUTTGE (2001), 492-493, argumenta em sentido contrário que “somente a consideração do concreto alarga o conteúdo “do geral” e a invocada “segurança” da dedução é ela própria apenas relativa por causa da sua dependência das premissas”(cf. 261). Acrescentando que não há só um caminho para o conhecimento, podendo o primeiro impulso provir precisamente da consideração das regras jurídicas concretas desenvolvidas judicialmente.

⁴²⁹ Cf. DUTTGE (2001), 353-356, e 493: “A ‘violação do dever de cuidado’ de que a jurisprudência regularmente fala para caracterização da negligência punível também não se orienta pelas normas especiais de cada situação concreta, que não dispensam em última análise a verificação autónoma da negligência”.

tempestiva do curso ulterior em direcção à violação do bem jurídico, não obstante a presença de uma “ocasião certa” ou “momento apropriado” (*Veranlassungsmoment*)⁴³⁰. Através deste conceito de *triftige Veranlassung* DUTTGE alcança um dos seus principais objectivos: evitar a intervenção excessiva do direito penal numa sociedade de risco. O conceito de negligência, como já antes acontecera com a teoria da imputação objectiva, participa, assim, do esforço de adaptação do direito penal à regulação de uma sociedade de risco⁴³¹.

6.3. A construção da “ocasião certa” a partir do estudo da percepção (dos sinais de perigo) e dos elementos que a influenciam

Para determinar a “ocasião certa” DUTTGE parte do estudo da *percepção*, procurando identificar o seu *processo* e os *elementos* (do sujeito e não só) que a influenciam, para, a partir daí, construir o que designa por *categorias* e *graus* de percepção (dos sinais de perigo) e, a partir de uma determinada relação entre estes últimos dois conceitos, chegar então ao de “ocasião certa”, que surge assim na sua tese como limite normativo da cognoscibilidade individual e determina a inevitabilidade concreta enquanto conteúdo material do ilícito na negligência.

6.3.1. O conceito, processo e elementos da percepção

DUTTGE começa por caracterizar a percepção citando SCHIFF, como o “tomar consciência do mundo, das suas características, objectos, lugares e

⁴³⁰ Cf., nesse sentido, DUTTGE (2001), 356-359, e 493, onde se pode, designadamente, ler: “Se falta uma tal ocasião (*Veranlassung*) há que confiar, por raciocínio *a contrario*, na falta de perigosidade do próprio comportamento e no terminar sem dano do acontecimento”.

⁴³¹ Segundo DUTTGE (2001), 1-15 e 489, na moderna sociedade de risco o problema da distribuição de bens materiais é cada vez mais subalternizado pelo problema de saber como se distribui o potencial de riscos que nem sempre é, à partida, inteiramente conhecido na sua dimensão. Acresce que para um observador de segunda ordem, como será o caso do julgador, será sempre mais fácil, uma vez que já conhece as consequências da acção, proceder a uma avaliação dos seus riscos. Por isso, alerta este autor para a necessidade de considerar a diferente perspectiva do actor do facto (observador de primeira ordem) e do julgador (observador de segunda ordem), sob pena de uma atribuição excessiva de responsabilidade penal.

acontecimentos”⁴³², e GUSKI, como “actividade de apreender e trabalhar no cérebro informações sobre objectos e acontecimentos do mundo circundante”⁴³³, sublinhando ainda que a mesma não consiste num mero receber passivo de informações, mas implica uma “prestação activa”⁴³⁴ que, na maior parte dos casos, fica inconsciente aos próprios, não chegando sequer a alcançar o nível da reflexão⁴³⁵. Evidencia depois que a percepção começa por pressupor a capacidade de perceber por parte do sujeito e por reconhecer que esta é, por natureza, limitada. É, assim, essencial para este autor começar por ir buscar os conhecimentos da psicologia cognitiva sobre os limites à capacidade de perceber⁴³⁶. Do recurso à psicologia cognitiva retira, então, que o processo humano da percepção é extraordinariamente complexo, naturalmente limitado e sempre susceptível de engano⁴³⁷.

Ao descrever este processo DUTTGE principia por evidenciar que o mundo circundante (*Umwelt*) e os seus atributos (cores, movimentos, tamanhos, etc.) formam o começo de uma tal “cadeia perceptual” (*Wahrnehmungskette*). Depois, através dos *media* estas qualidades do mundo circundante são transmitidas aos sentidos⁴³⁸. Os estímulos (*Reize*) que estão aí contidos estimulam os receptores sensíveis (*sensiblen Rezeptoren*) correspondentes e, através dos nervos dos sentidos (*Sinnesnerven*), a informação recebida é transmitida ao cérebro e aí, sobretudo mas não apenas nos campos sensoriais laterais (*sensorischen Rindenfeldern*), é trabalhada de uma maneira que faz surgir o “mundo percebido”⁴³⁹. DUTTGE evidencia depois a importância de cada um dos elementos desta cadeia de percepção, visto que a afectação de qualquer deles

⁴³² DUTTGE (2001), 389, nota 232.

⁴³³ DUTTGE (2001), 389.

⁴³⁴ DUTTGE (2001), 389, nota 234.

⁴³⁵ DUTTGE (2001), 290, 389.

⁴³⁶ DUTTGE (2001), 493-494 alerta, porém, que um tal voltar às categorias psicológicas não dispensa a sua valoração penal, pelo que, tendo isto em consideração, não se trata aqui de nenhuma “falácia naturalística”.

⁴³⁷ DUTTGE (2001), 389-395 e 494.

⁴³⁸ Nos seus exemplos, DUTTGE (2001), 390: “através de ondas sonoras ao sistema auditivo, através de ondas magnéticas aos olhos, através de substâncias químicas pelo ar ou através de energia calorífica e radiante no contacto com a pele”.

⁴³⁹ DUTTGE (2001), 390.

impede “uma impressão completa e aproximadamente fiel à realidade do mundo circundante, conduzindo necessariamente a um déficit de informação”⁴⁴⁰. Contudo, aqui, centrar-nos-emos apenas na análise que DUTTGE faz dos factores condicionantes da percepção *relativos ao sujeito*, pois são os que mais directamente se relacionam com o objecto do nosso próprio estudo⁴⁴¹. Neste aspecto, a primeira conclusão a que DUTTGE chega é a de que o processo perceptivo depende decisivamente das capacidades dos órgãos dos sentidos de cada um. E, aqui, começa o autor por referir-se ao que designa por “limiar absoluto da percepção” (*absolute Wahrnehmungsschwelle*)⁴⁴²; i.e., ao ponto a partir do qual os sentidos já não captam o estímulo sensorial que vem do mundo circundante, apresentando depois, a propósito de cada um dos sentidos, o que considera ser o respectivo limiar absoluto de percepção⁴⁴³. A par destes limiares absolutos de percepção, que por vezes DUTTGE também denomina “limiares absolutos de sensibilidade” (*absolute Empfindlichkeitsschwelle*)⁴⁴⁴, a psicologia cognitiva descreve outros limiares absolutos de percepção: os “limiares absolutos de distinção” (*absolute Unterscheidsschwellen*)⁴⁴⁵. Trata-se, nestes casos, de situações em que mesmo não se ultrapassando o limiar absoluto de sensibilidade ou de percepção, se verifica uma absoluta incapacidade de reconhecer uma mudança no mundo exterior. DUTTGE cita a propósito a denominada “lei de Weber” segundo a qual: ΔI (mínima diferença perceptível) / I (intensidade do estímulo) = c (limiar constante de distinção). O significado desta lei torna-se mais claro com um exemplo do próprio DUTTGE: a diferença de 5g em duas cartas pode perceber-se colocando cada uma delas em cada mão, mas já não se

⁴⁴⁰ DUTTGE (2001), 390.

⁴⁴¹ Para uma análise dos factores condicionantes da percepção relativos às condições do mundo circundante (v.g., escuridão, espaço, tempo) cf. DUTTGE (2001), 395-401.

⁴⁴² DUTTGE (2001), 390.

⁴⁴³ Não obstante utilizar a expressão limiar *absoluto*, DUTTGE (2001), 391 e 392) admite que na sua zona limite, este limiar está ainda dependente, quer do estado psicológico do indivíduo, quer de outros factores relativos ao sujeito e, por isso, não é completamente imutável.

⁴⁴⁴ DUTTGE (2001), 392.

⁴⁴⁵ *Ibidem*.

cada uma delas estiver dentro de uma mala pesada⁴⁴⁶. Ou seja, quanto mais intensivo for o estímulo de partida maior tem de ser a diferença do novo estímulo para que essa diferença possa ser percebida. DUTTGE dá depois um exemplo que é expressão desta ideia numa situação típica de negligência: “o sinal de uma buzina de um condutor é claramente mais perceptível no tráfego reduzido de um domingo do que no tráfego compacto de Nápoles, e se ficar abaixo do limiar de distinção não é, em absoluto, audível”⁴⁴⁷. Finalmente, dentro destes “limiares absolutos” do processo de percepção, DUTTGE refere-se ainda ao que designa por “limiar de reacção” (*Reaktionsschwelle*)⁴⁴⁸, que se deduz do facto de “a atitude de expectativa do indivíduo pode conduzir a baixar o ponto crítico de intensidade sensorial”⁴⁴⁹. Como o próprio explica, “trata-se aqui verdadeiramente não de um limiar de percepção, mas de um limiar de reacção que se deve separar do anterior e que antecede o processo de decisão individual”⁴⁵⁰.

Para além destes limiares, que DUTTGE designa por absolutos, intervém no processo de percepção inúmeros outros factores, que variam em função das circunstâncias concretas de cada caso e, nesse sentido, já são relativos⁴⁵¹. Esses factores, segundo este autor, podem depois dividir-se em dois grupos, consoante pertençam às condições do mundo circundante, como escuridão, espaço, movimento, tempo, etc.⁴⁵², ou pertençam às disposições individuais da pessoa em causa que influenciam a aquisição da informação, como a atenção, a atitude perceptiva, a experiência, a memória (*Erinnerung*), etc. Veremos agora em particular o modo como DUTTGE desenvolve estes últimos factores.

⁴⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁴⁷ DUTTGE (2001), 393.

⁴⁴⁸ Segundo DUTTGE (2001), 394, nota 272, este limiar foi introduzido pela “teoria da descoberta dos sinais”.

⁴⁴⁹ DUTTGE (2001), 394. Um dos exemplos apresentados, que mostra a relevância deste limiar, é o de alguém que está sentado no seu quarto com um barulho de fundo elevado e espera por uma visita. Esta pessoa reagirá mais facilmente a um pequeno bater na porta do que aquele que acaba de se sentar descontraidamente no sofá.

⁴⁵⁰ DUTTGE (2001), 394.

⁴⁵¹ *Ibidem*.

⁴⁵² DUTTGE (2001), 395-401.

DUTTGE começa por se referir à *atenção*⁴⁵³ como um importante factor que influencia a percepção, evidenciando que a mesma varia em função de diferentes circunstâncias. O autor recorre depois aos conhecimentos da psicologia para afirmar que quase todas as teorias da psicologia da percepção partem da premissa de que a atenção é um processo de natureza altamente selectiva⁴⁵⁴, devido à existência de um permanente excesso de oferta de informações sensoriais que frequentemente ultrapassa a capacidade de processamento das mesmas pelo agente. A atenção, tal como a percepção, constituem assim “processos produtivos”⁴⁵⁵ que só se podem desenvolver dentro de determinados limites. Assim, se, por exemplo, nas situações quotidianas os acontecimentos que estão ao alcance dos sentidos só são parcialmente percebidos e apenas quando para o observador contém informações importantes que exigem que neles centre a sua atenção⁴⁵⁶ (logo, só uma medida limitada de informações é registada e trabalhada), já, por outro lado, no caso de tarefas que exigem uma atenção acrescida (v.g., tarefas de vigilância), reconhece-se que estas não se podem manter continuamente durante um largo período de tempo⁴⁵⁷. Há, dessa forma, factores de especial significado, como a “intensidade”, “duração” e “apresentação” do estímulo dado⁴⁵⁸ que não podem deixar de influenciar decisivamente a atenção de cada um. O grau de atenção exigível está, assim, sempre dependente da complexidade da situação, que pode exigir uma maior ou menor disponibilidade do agente⁴⁵⁹, de tal forma que as circunstâncias

⁴⁵³ DUTTGE (2001), 401-405.

⁴⁵⁴ DUTTGE (2001), 402-403.

⁴⁵⁵ DUTTGE (2001), 402.

⁴⁵⁶ DUTTGE (2001), 402, fala, a propósito, em “função de alarme”,

⁴⁵⁷ DUTTGE (2001), 402, relata a propósito uma experiência em que se devia detectar um sinal e desencadear uma determinada reacção. No decurso da mesma veio a demonstrar-se que, na maior parte dos casos, após meia hora ocorriam repetidos erros devido a uma “decrecente prontidão” para reagir ao sinal de forma correspondente, e não tanto pela capacidade de prestação da pessoa em causa.

⁴⁵⁸ Assim, a mãe adormecida pode acordar com o choro da criança, que DUTTGE (2001), 405, denomina de sinal crítico, mas não com um outro ruído ainda que seja mais alto.

⁴⁵⁹ “Isto mostra-se no exemplo do condutor que está a falar quando a situação do tráfego se altera repentinamente exigindo uma atenção acrescida. Pode acontecer que o condutor tenha de se decidir entre a continuação da conversa e uma concentração acrescida na condução. Nestes casos, em regra escolherá a última alternativa e por isso

específicas da situação complexa têm de ser tidas em conta na avaliação penal do facto, não sendo, para DUTTGE, suficiente o recurso a “fórmulas vazias e globais como um descuido da atenção exigível no tráfego”⁴⁶⁰, que, no seu entendimento, nada esclarecem. Ou seja, e como conclui, “tem de se ter em conta a complexidade da situação concreta e dirigir o olhar para as específicas circunstâncias de cada caso, de forma a assegurar que as exigências do dever se baseiam efectivamente dentro do domínio do poder humano e, por isso, são exigíveis a qualquer pessoa”⁴⁶¹.

Refere-se DUTTGE depois ao que designa por atitude perceptiva (*perzeptive Einstellung*) como factor condicionante do processo de percepção, para questionar sob que pressuposto é que um sinal crítico é perceptível⁴⁶²? Na resposta a esta questão DUTTGE introduz um importante factor que denomina de predisposições inatas ou adquiridas do indivíduo⁴⁶³, evidenciando o particular significado para o processo de percepção dos seus interesses, necessidades ou expectativas momentâneas⁴⁶⁴.

Indica depois o factor *experiência*⁴⁶⁵, para evidenciar que a percepção de cada pessoa depende consideravelmente da sua própria experiência. Como afirma, cada pessoa tem em si inscrito, em função da sua experiência, um conceito ou um esquema de cada coisa, que é reactivado a cada vez que a pessoa se volta a deparar com o mesmo estímulo. Daqui retira DUTTGE uma consequência extraordinariamente importante para a pergunta específica da

interromperá a conversa até poder partir do principio de que voltou a ter a situação sobre controlo (*time sharing*)” (DUTTGE (2001), 404).

⁴⁶⁰ DUTTGE (2001), 404.

⁴⁶¹ Assim, DUTTGE (2001), 404, onde se pode ler também que uma diminuição da captação de informação devido a cansaço é tão natural como fome ou sede e, segundo os conhecimentos da medicina, nem sempre se anuncia a tempo.

⁴⁶² DUTTGE (2001), 405.

⁴⁶³ *Ibidem*.

⁴⁶⁴ Ilustra esta afirmação (DUTTGE (2001), 405) com o exemplo de uma pessoa que procura um táxi. A ordem funcional que se formou em poucos momentos através da classificação conceptual da experiência anterior – casas, ruas, automóveis – é dividida por factores dinâmicos em conteúdos com significado positivo e negativo. Ali o táxi que é preciso alcançar, aqui os carros e os peões que é preciso evitar para o efeito.

⁴⁶⁵ DUTTGE (2001), 405-406.

negligência: a solidificação ou reforço sucessivo desse conceito ou esquema que cada um tem inscrito de cada coisa ou de cada estímulo aumenta a tendência ou a propensão para, a cada novo ressurgimento da mesma coisa ou do mesmo estímulo, fazer ressurgir o esquema ou conceito que está inscrito, dificultando assim a apreensão de uma alteração do mundo exterior⁴⁶⁶.

Finalmente considera DUTTGE um outro factor que é a memória (*Erinnerung*)⁴⁶⁷. O recurso à experiência implica ao mesmo tempo a existência de “um armazém, em que as experiências podem ser depositadas e voltar a serem recordadas (a memória)”. DUTTGE preocupa-se com o modo de funcionar da memória que, segundo descreve, se divide em três grandes momentos; um primeiro de codificação da informação, um segundo de armazenamento da informação codificada e um terceiro de chamamento da informação codificada ou decodificação. Considera, no entanto, que a pergunta central a propósito deste factor é a de saber “como é que se processam perturbações do poder de recordação; ou seja, como se processa o esquecimento”⁴⁶⁸. Procura depois responder a esta pergunta recorrendo de novo aos conhecimentos da psicologia cognitiva que, segundo afirma, costuma distinguir a propósito entre “problemas de disponibilidade” (*Verfügbarkeit*), nos quais falha o próprio processo de codificação da informação e os “problemas de acessibilidade” (*Zugänglichkeit*), em que a informação que foi codificada não é acessível⁴⁶⁹. No que se refere ao primeiro tipo de problemas, DUTTGE menciona especialmente a questão de saber se a capacidade de codificar informação (de memorizar) vai progressivamente diminuindo com o decurso do tempo⁴⁷⁰. Já no que se refere aos problemas de

⁴⁶⁶ DUTTGE (2001), 406, onde apresenta como exemplo a situação do condutor que se dirige para o local de trabalho sempre a mesma estrada (que sempre teve prioridade num certo cruzamento) e, devido a esta experiência sempre repetida, não repara num sinal de STOP que foi entretanto colocado no local.

⁴⁶⁷ DUTTGE (2001), 406-409.

⁴⁶⁸ DUTTGE (2001), 406.

⁴⁶⁹ DUTTGE (2001), 407.

⁴⁷⁰ DUTTGE (2001), 407, onde se evidencia que “uma tal representação – popular – de ‘decadência não é provada através da investigação científica disponível, uma vez que a maioria da investigação psicológica tende a aceitar que o esquecimento de conteúdos complexos pode ser condicionado por uma multiplicidade de ‘processos orgânicos,

acessibilidade, DUTTGE menciona especialmente as situações que são descritas na psicanálise como de recalçamento activo de experiências extremamente dolorosas ou ameaçadoras⁴⁷¹. Finalmente, DUTTGE chama ainda a atenção para o importante facto de que o processo de recordação é “construtivo”⁴⁷², no sentido de que frequentemente traduz um refazer das informações originariamente obtidas e guardadas⁴⁷³.

Destas considerações retira DUTTGE, porém, algumas conclusões preliminares que aparentemente vão em sentidos opostos. Por um lado, a de que do que se acaba de dizer não decorre a negação da responsabilidade individual por um facto praticado negligentemente, mas apenas que se torna necessário um

emocionais ou construtivos, enquanto conteúdos mais simples, em regra, podem cair no esquecimento por causa de uma interferência. Determinante aqui é tudo aquilo que se passa entre o momento de fixar e o momento de reprodução. Pensa-se no caso de novos conhecimentos (por exemplo um novo número de telefone) que fazem a informação previamente guardada (número de telefone antigo) aparecer como secundária (‘recalçamento retroactivo’). Em contrapartida, trata-se de uma forma de interferência no futuro quando uma informação mais antiga (ex. o lugar de estacionar usual do carro) é chamada, apesar de uma nova unidade contraditória mais recente (o novo lugar de estacionamento só excepcionalmente escolhido) dever ter sido tratada como prioritária (‘recalçamento pró-activo’). As investigações realizadas sugerem que o ‘recalçamento pró-activo’ ganha mais importância com o decurso do tempo, enquanto o ‘recalçamento retroactivo’, em comparação, diminui com esse decurso do tempo”.

⁴⁷¹ DUTTGE (2001), 407.

⁴⁷² *Ibidem*.

⁴⁷³ DUTTGE (2001), 408-409, onde se refere que tal pode ser atestado “numa investigação de JOHNSON, BRANSFORD e SOLOMONN, onde foi contado a várias pessoas esta pequena história ‘Hans queria reparar a gaiola. Ele estava a pregar um prego quando o seu pai chegou, para o ver e o ajudar no trabalho’. As pessoas estavam a seguir prontas a aceitar a versão seguinte como idêntica: ‘Hans trabalhava com o martelo na gaiola, quando o seu pai chegou para o ver e ajudar no trabalho’. O resultado do processo do refazer e a sua relevância prática mostra-se aqui de modo particularmente evidente. Se no caso de uma investigação no seguimento de um crime tivesse importância decisiva a questão de saber se o martelo -instrumento do crime – foi utilizado primeiro por Hans nos seus trabalhos de reparação, então as testemunhas teriam afirmado que isso era de seu conhecimento, embora não tenham recebido a esse respeito nenhuma informação mas tenham elas próprias preenchido a lacuna no decurso do acontecimento (‘como pregou Hans o prego’). Posteriormente, porém, já não se pode distinguir que parte da recordação foi acrescentada pelo próprio ou foi percebida realmente desde o princípio”. DUTTGE acrescenta ainda que também a excitação e o stress prejudicam a capacidade de recordação, acabando por concluir que a tese jurisprudencial de que a memória pode sempre, por “mero esforço da vontade”, ser levada a funcionar correctamente não é confirmada pela psicologia.

esclarecimento mais preciso daquelas circunstâncias que conduziram ao resultado indesejado. Nas suas próprias palavras: “Assim, em vez de – abstraindo da constelação individual (do caso individual) e na base de uma forma de ‘psicologia do leigo’ – partir para o caso regra de um ‘poder conhecer’ a lesão do bem jurídico, tem de se ter em conta a compreensão da psicologia profissional, de que o processo de percepção e processamento (dessa percepção e do resto) do homem é extremamente complexo, com limitada ‘capacidade de prestação’ e sempre susceptível de engano. Sendo conhecidos ‘limiares da percepção’ (bem como de decisão e de reacção), têm estes de ser considerados incondicionalmente na avaliação penal, não devendo a ‘facilidade’ com que, *a posteriori*, se podem apontar falhas de comportamento humano conduzir a que se peçam responsabilidades a meros ‘bodes expiatórios’ e não a pessoas pessoalmente responsáveis”⁴⁷⁴. Por outro lado, DUTTGE parece querer substituir o conhecimento das especificidades do poder individual tal como ele é facultado pela investigação disponível, pelo poder genérico que se determina de acordo com o que à luz dos conhecimentos científicos se pode exigir a todos como exigência mínima. Com efeito, escreve: “só aquilo que, independentemente de dados individuais, *qualquer pessoa* está em estado de prestar, pode também ser exigido para evitar uma sanção penal”⁴⁷⁵.

6.3.2. Indicadores de perigo, categorias de percepção, graus de percepção e construção da ocasião certa

6.3.2.1. Indicadores de perigo

Como vimos atrás, DUTTGE acentua a natureza necessariamente selectiva do processo de atenção, que atribui ao permanente excesso de oferta de informações sensoriais em relação à capacidade de processamento das mesmas pelo agente. Ora, se é assim, importa saber como é que o agente selecciona de entre uma multiplicidade de informações sensoriais que não tem capacidade para

⁴⁷⁴ DUTTGE (2001), 409.

⁴⁷⁵ DUTTGE (2001), 410.

processar na sua totalidade, aquela parte da realidade em que se concentra a sua atenção.

A este propósito, e centrando de novo a questão no problema do comportamento negligente, DUTTGE evidencia depois que a atenção do agente é, de acordo com a informação de que o mesmo dispõe, desperta por factores sinaléticos (*Signalfaktoren*), por indicadores de perigo (*Gefahrenindikatoren*)⁴⁷⁶, que são precisamente, na sua definição, aqueles estímulos que tem a potencialidade de avisar ou despertar o agente para uma determinada situação ameaçadora a exigir uma reacção⁴⁷⁷ e que, dessa forma, constituem parte essencial do substrato ontológico do juízo da negligência⁴⁷⁸. Segundo afirma, só estes indicadores de perigo como “mediadores da cognição do perigo” (“*Mittler der Gefahrenkognition*”) permitem ultrapassar “a diferença cheia de consequências entre o saber evitar teórico e a actividade de evitar que se torna exigível do ponto de vista prático”⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶ DUTTGE recorre à psicologia cognitiva para construir estes indicadores de perigo, que, segundo afirma, serão tantos quantos as possíveis situações de perigo e que não são mais do que sinais exteriores de perigo que podem ser percebidos. A este propósito, escreve (2001), 410, “como estes ‘factores sinaléticos’ (*Signalfaktoren*) se deixam descrever no caso, que indicações de aviso são aí de considerar, deve ser analisado por meio de uma mais alargada visão do estado da investigação da psicologia, que se tem debatido acentuadamente nos últimos anos em torno da questão da cognoscibilidade de perigos”. Esta essencialidade do recurso à psicologia cognitiva para formular o juízo de negligência é, mais à frente (419), substancialmente desenvolvida, concluindo aí o autor que só “os conhecimentos da psicologia cognitiva permitem opiniões *fundadas* – e, por isso, extraordinariamente valiosas – sobre que factores influenciam de facto e de que modo a percepção de perigos”.

⁴⁷⁷ DUTTGE (2001), 410

⁴⁷⁸ DUTTGE (2001), 494

⁴⁷⁹ Assim, DUTTGE (2001), 410, onde, apoiado em vários autores, acrescenta ainda sobre o conceito de sinais de perigo: “uma colocação em ‘perigo’ é sempre só mediatamente sinalizada. Diferentemente da multidão de estímulos que aos homens afluem continuamente e que constituem a base geral da sua forma de comportamento, compreendem-se os sinais de perigo como uma parte especialmente significativa dessa multidão de estímulos, nomeadamente no sentido do entendimento psicológico do conceito como ‘prévia-informação para uma actuação específica necessária’ (HACKER). ‘Os estímulos tornam-se sinais, na medida em que indicam determinadas necessidades de comportamento ou acção’ (HACKER) ou, como formulou a jurisprudência da negligência, quando os sinais reclamam uma reacção. Sinais de perigo são, consequentemente, aqueles estímulos que avisam de uma determinada situação

6.3.2.2. Categorias e graus da percepção

Sendo, porém, inúmeras e enormemente variáveis as formas de comportamento e as situações perigosas são-no igualmente os indicadores de perigo⁴⁸⁰. Torna-se, por isso, necessário recorrer a critérios que permitam avaliar esses indicadores de perigo, de forma a decidir se eles atingiram um determinado grau a partir do qual se justifica a conclusão de que a sua não consideração permite afirmar a existência de um comportamento negligente.

A este propósito, DUTTGE começa por afirmar que para todos os indicadores de perigo vale o princípio de que quanto mais depressa forem percepcionados, mais fortemente se podem destacar das outras condições da situação e, assim, mais evidente é o contraste entre a “intensidade das características relevantes e o ocorrer periférico”⁴⁸¹. Deste princípio geral decorre, segundo o autor, um conjunto de *categorias* que informam sobre a valência de cada indicador e que esclarecem que tipo de prestações cognitivas e perceptivas de um indivíduo seriam necessárias para reconhecer esse indicador de perigo, compreendê-lo no seu conteúdo e, conseqüentemente, a ele reagir⁴⁸². Assim, segundo DUTTGE, o valor de cada indicador de perigo pode ser apreciado em função de oito categorias de percepção (*Wahrnehmungskategorien*), graduáveis em três ou quatro graus.

Essas categorias de percepção avaliam então, segundo o seu grau de abstracção, se o sinal de aviso era: (1) evidente (evidência), (2) acessível (acessibilidade), (3) (des)codificado (codificação), (4) de esperar quanto ao momento ou duração do seu surgimento e à sua regularidade ou irregularidade

ameaçadora, ‘que apontam’ (RUPPERT/HIRSCH/WALDHERR e PREUB) para uma tal situação (...). Eles possibilitam o reconhecer de perigos e ‘o derivar das acções correspondentes’ (PREUB), e assim permitem lidar ‘com sucesso’ (HOYOS) com os perigos.

⁴⁸⁰ DUTTGE (2001), 411.

⁴⁸¹ DUTTGE (2001), 411.

⁴⁸² Segundo informa DUTTGE (2001), 411, estas categorias foram trabalhadas precisamente no seguimento de reflexões efectuadas por HACKER e, sobretudo, por RUPPERT, HIRSCH e WALDHERR, em estudos sobre os perigos no local de trabalho.

(momento/duração/regularidade), (5) sinalizava uma determinada probabilidade (probabilidade de colocação em perigo), (6) sinalizava uma determinada intensidade de resultado danoso (consequência danosa assinalada), (7) se a sua perceptibilidade dependia de terceiras pessoas (dependência da perceptibilidade de terceiros), (8) se existiu um tempo suficiente de aviso (tempo de aviso prévio).

Ora, segundo afirma DUTTGE, quanto mais substancial, com base nestes oito critérios, se revelar o perigo na situação concreta, mais ele poderia ser percebido e evitado pela pessoa em questão, de modo que tanto mais se justifica o juízo de valor próprio da negligência⁴⁸³. Estas oito categorias de percepção são depois graduáveis em três ou quatro graus (*Wahrnehmungsstufen*)⁴⁸⁴, que permitem, conjugados uns e outros, a classificação dos “indicadores de perigo”, tudo conforme se pode ver no quadro que se segue, da sua própria autoria⁴⁸⁵.

⁴⁸³ DUTTGE (2001), 494 e DUTTGE (2003-2), n.º 123. Na primeira das obras citadas (495-496) acrescenta ainda, com bastante importância, que “uma ‘ocasião certa’ concretizada neste sentido, como constituindo o núcleo da negligência, está em harmonia não só com o reconhecimento da função do direito penal orientada pela protecção dos bens jurídicos, mas também com as teorias da culpa e da ilicitude ou, finalmente, com as mais recentes concepções acerca da teoria das normas. Especialmente, formula-se agora uma norma de comportamento específica da negligência que proíbe agir perante sinais de perigo suficientes. Uma tal fundamentação do crime negligente alarga, com respeito pela Constituição, a liberdade e acção do indivíduo e, por outro lado, distingue-se claramente do conceito civilístico de negligência, o que também corresponde, aliás, aos diferentes fins reguladores do direito penal e do direito civil. Por último, resulta deste modo um princípio da confiança alargado que nem está limitado ao tráfego rodoviário e à cooperação na divisão de trabalho, nem está sujeito à condição do próprio comportamento conforme ao tráfego (...). Estas regras, por causa da natureza constitucional do Artigo 103 da Lei Fundamental, têm de pretender valer na forma de uma interpretação conforme com a Constituição, ao menos enquanto o legislador se recusar a uma clarificação do conceito de negligência”.

⁴⁸⁴ Que DUTTGE, mais uma vez, vai buscar a RUPPERT, HIRSCH e WALDHERR.

⁴⁸⁵ DUTTGE (2001), 421. Para facilidade de leitura as colunas verticais passaram a horizontais e as horizontais a verticais.

Categorias de percepção/Graus de percepção	1º Grau de percepção	2º Grau de percepção	3º Grau de percepção	4º Grau de percepção
Evidência	Imediata	Por mudança	Por interpretação	Por memória
Acessibilidade	Por auto-imposição	Por movimento espacial necessário	Por movimento espacial necessário	Por memória
Codificação	Nenhuma	Por símbolo	Complexa (imagem do meio ambiente, início de uma actividade)	—
Momento Duração Regularidade	Prolongado e duradouro	Certos momentos repetem-se regularmente	Momentos irregulares e não previsíveis	—
Probabilidade do perigo	Nexo determinístico	Alta probabilidade	Probabilidade reduzida (< 50%)	—
Consequência danosa assinalada	Alta	Difusa	Reduzida (bagatelas)	—
Dependência da perceptibilidade de terceiros	Nenhuma	Relação de imediação	Terceiro independente na origem do perigo	—
Tempo de aviso prévio	Suficiente	Oportunidade de reacção rápida	Tendência a nulo	—

DUTTGE coloca à cabeça das oito categorias da percepção a *evidência* (*Anschaulichkeit*)⁴⁸⁶. Enquanto no primeiro grau de evidência o indicador de perigo é imediatamente reconhecível por si só – fogo vivo, para utilizarmos um dos exemplos do autor⁴⁸⁷ – no quarto grau de evidência o indicador de perigo já só surge ao agente como resultado do recurso à sua capacidade de compreensão e previsão – por exemplo, é necessário saber que uma lâmina de serrar pode, ao cortar, carregar-se de electricidade estática para reconhecer o perigo. Dessa forma, quanto mais abstracto for o indicador de perigo, maiores serão as exigências nas prestações cognitivas da pessoa⁴⁸⁸.

A segunda categoria de percepção relevante para DUTTGE é a *acessibilidade* (*Zugänglichkeit*)⁴⁸⁹ dos sinais de perigo. Enquanto no primeiro grau o sinal de perigo é como que imposto ao agente apesar da sua passividade – DUTTGE dá aqui o exemplo do barulho estridente de uma sirene – no quarto grau ele já está dependente do recurso à memória – o exemplo apresentado por DUTTGE é, agora, o da experiência de que após o consumo de álcool ficam afectadas as capacidades de actuação e concentração⁴⁹⁰.

A terceira categoria de percepção tem ver com o facto de o sinal de perigo se apresentar ou não ao agente de forma *codificada* (*kodiert*); ou seja, através de um símbolo que precisa de ser decifrado para poder ser compreendido o seu conteúdo⁴⁹¹. Esta categoria de percepção é apenas graduável em três graus. Enquanto no primeiro grau o sinal de perigo não é objecto de qualquer codificação (por exemplo, o agente vê o comboio a aproximar-se), no segundo grau, que é, no fundo, o primeiro de codificação, o sinal surge por intermédio de um símbolo concreto que é imediatamente visível (o agente vê o sinal de trânsito

⁴⁸⁶ DUTTGE (2001), 412-413.

⁴⁸⁷ DUTTGE (2001), 412.

⁴⁸⁸ *Ibidem*.

⁴⁸⁹ DUTTGE (2001), 413-414.

⁴⁹⁰ DUTTGE (2001), 414.

⁴⁹¹ *Ibidem*.

que indica a existência de uma passagem de nível sem guarda); finalmente, no terceiro grau, verifica-se uma codificação mais complexa do sinal de perigo – por exemplo, contar com a passagem de automóveis ao atravessar a rua atrás de um autocarro parado⁴⁹².

A quarta categoria de percepção relaciona-se com o *momento (Zeitpunkt)*, a *duração (Zeitraum)* e a *regularidade (Regelmässigkeit)* do sinal de perigo⁴⁹³. No primeiro grau o sinal de perigo surge com antecedência, prolonga-se no tempo e é contínuo. No último, o terceiro, o sinal de perigo já não é regular e o momento do seu surgimento é imprevisível⁴⁹⁴.

A quinta categoria de percepção é a da *probabilidade de colocação em perigo, (Gefährdungswahrscheinlichkeit)*⁴⁹⁵, no sentido de que quanto maior for a probabilidade de realização de uma situação de perigo, menor é a necessidade de informação adicional para a identificar como tal e actuar consequentemente. Também esta categoria de percepção surge escalonada em três graus.

A sexta categoria de percepção é a *consequência danosa assinalada (signalisierte Schadensfolge)*⁴⁹⁶, no sentido de que quanto maior for a potencialidade lesiva da situação maior é a sua percepção como perigosa.

A sétima categoria de percepção relaciona-se com a *dependência da perceptibilidade do perigo do comportamento de terceiros (Abhängigkeit der Wahrnehmbarkeit von Dritten)*⁴⁹⁷. Se outras pessoas estão envolvidas na situação de perigo, ou porque são elas a causadora da própria situação de perigo ou porque lhes cabe transmitir uma informação relevante sobre o mesmo, isso coloca o agente numa situação de maior precariedade uma vez que, além do mais, tem de antecipar o comportamento dessas pessoas o que, só por si, já suscita dificuldades acrescidas. Esta categoria estrutura-se em três graus. No

⁴⁹² *Ibidem.*

⁴⁹³ DUTTGE (2001), 415.

⁴⁹⁴ *Ibidem.*

⁴⁹⁵ DUTTGE (2001), 416.

⁴⁹⁶ DUTTGE (2001), 417.

⁴⁹⁷ DUTTGE (2001), 417-418.

primeiro grau o indicador de perigo não depende do comportamento de terceiros; no segundo grau o terceiro desempenha o papel de intermediário do sinal de perigo, no sentido de que ele contribui com uma informação relevante para a situação de perigo – no exemplo de DUTTGE, o condutor de uma carrinha acciona pela primeira vez a buzina antes de entrar no parque de estacionamento; no terceiro grau a terceira pessoa está sozinha na origem da situação de perigo.

Finalmente, como oitava e última categoria de percepção, refere DUTTGE o *tempo de aviso prévio*⁴⁹⁸ (*Vorwarnzeit*), para referir o tempo de que o agente dispõe entre o momento da representação do sinal de perigo e o momento em que tem de reagir para evitar o resultado danoso. DUTTGE acentua a propósito desta categoria de percepção que, se bem que ela possa ter pouca influência para a representação da situação de perigo, pode ter grande importância para a avaliação da “valência” de um indicador de perigo⁴⁹⁹. Mais uma vez esta categoria de percepção está dividida em 3 graus. Enquanto no primeiro o tempo para reagir é suficiente, no terceiro ele tende a ser nulo.

Esta tipificação dos factores relevantes para a cognoscibilidade do perigo fornece a DUTTGE aquilo que o próprio, acolhendo também aqui a terminologia de RUPPERT/HIRSCH/WAHLDHERR, designa por um “modelo de exigências perceptivas e cognitivas”, que constitui assim a base ontológica comum a todas as situações em que assentará a subsequente valoração jurídico-penal da negligência⁵⁰⁰.

6.3.2.3. A construção da “ocasião certa”

Uma determinada relação de valor entre as categorias e os graus de percepção dá depois lugar ao conceito de “ocasião certa” que, em DUTTGE, constitui o limite normativo da cognoscibilidade individual, determinando, dessa

⁴⁹⁸ DUTTGE (2001), 418-419.

⁴⁹⁹ DUTTGE (2001), 418.

⁵⁰⁰ DUTTGE (2001), 419.

forma, a evitabilidade concreta⁵⁰¹. Quer dizer, a verificação de um certo nível de perigo composto pela “soma e pela qualidade dos indicadores de perigo que se encontram na situação concreta, transforma o perigo abstracto, que sempre existe de forma latente, de uma violação do bem jurídico, numa situação de perigo manifesta, que activa o comando geral de evitar que é conhecido teoricamente por toda a gente e que incita a agir para evitar esse resultado”⁵⁰². É quem não

⁵⁰¹ O autor afasta expressamente algumas tentativas anteriores de concretizar o conteúdo material do desvalor específico do comportamento negligente (Cf. DUTTGE (2003-2), n.º 113-119). A este propósito considera particularmente três hipóteses: o efeito indiciário das “normas especiais”; a orientação por círculos de tráfego e a ponderação de bens ou interesses. Refere-se, em primeiro lugar, ao denominado *efeito indiciário das normas especiais*. A este propósito começa por reconhecer a cada vez maior complexidade de interações na actual sociedade de risco e a importância da existência de regulamentações jurídicas específicas para a formação da confiança necessária à segurança existencial na condução da vida. Como afirma, o sistema jurídico conta aí [nessas normas especiais] com um factor gerador de confiança que potencia a liberdade de acção do indivíduo ao criar-lhe a necessária segurança para agir dispensando-o de, em cada caso, ter de avaliar previamente a potencialidade perigosa de cada comportamento concreto. Considera, porém, que a ultrapassagem desse quadro normativo [do risco permitido] não justifica ainda, só por si, a afirmação do desvalor próprio da negligência penalmente relevante, nem dispensa a exigência *adicional* da evitabilidade individual. Critica, por isso, a jurisprudência e a doutrina dominantes, que atribuem à violação de normas especiais um efeito indiciário da negligência. Na sua opinião, muitas vezes a violação de um preceito não permite concluir pela previsibilidade do resultado e, consequentemente, pela existência de um comportamento negligente, pelo que com aquele modo de ver se sobrevaloriza excessivamente o normativo e se subvaloriza, também de modo inadequado, o fáctico. Ilustra a afirmação com um exemplo: quem ultrapassa em 1 km/h a velocidade máxima de 50 km/h permitida em localidades não comete só por isso “e também não em regra indiciariamente” um comportamento negligente, mesmo quando sobrevenha um acidente mortal. Concentra-se depois na crítica ao critério da orientação por “círculos de tráfego”; ou seja, ao modelo “de um participante prudente e consciencioso do círculo de tráfego em questão”, a que recorreu a doutrina penal para a concretização do conteúdo material da negligência. Deste critério diz fundamentalmente que se traduz na pura criação de “uma figura artificial que nada diz”, de uma ficção que “não formula nem mesmo aproximadamente um ponto de referência material a que se possa recorrer para a determinação da medida de cuidado, mas que pressupõe já como conhecido aquilo a que pretende responder”. Conclui, assim, que “o fantasma de um “*homunculus normalis*” não oferece uma orientação ou caminho mas apenas abre portas ao arbítrio, na medida em que deixa construir a gosto precisamente aquela figura de medida que se considera em cada caso necessária para alcançar o resultado desejado”. Finalmente, afasta como critério válido o da ponderação de bens e interesses em conflito, argumentando que, como os seus defensores admitem, o mesmo não parte de um critério de ponderação prévia vinculativa acabando por, em cada caso, deixar tudo na mãos do juiz.

⁵⁰² DUTTGE (2001), 422.

segue este incitamento e, ao invés, continua a avançar para a violação do bem jurídico, que merece o juízo de censura próprio da negligência. DUTTGE propõe, como imagem visual da ideia que pretende passar, a de uma bacia na qual se vão juntando num determinado número e qualidade indicadores de perigo. Quando a bacia, ao ficar cheia, transbordar, ter-se-ão ultrapassado os limites do risco permitido, justificando-se a afirmação do desvalor próprio da negligência⁵⁰³.

A pergunta a que ainda falta responder, reconhece DUTTGE, é, porém, a de saber quantos indicadores de perigo e em que grau é que são necessários para que a “bacia transborde”; quer dizer: *Quantos sinais de perigo e em que medida ou em que grau (em termos de valor) é que podem justificar, quando presentes, a valoração penal do acontecimento em causa como negligência*⁵⁰⁴?

DUTTGE responde a esta questão começando por evidenciar que, dada a inesgotável multiplicidade das situações da vida e dos indicadores de perigo, o conceito de negligência ou o processo da sua averiguação não é – *rectius*, não pode ser – lógico-formal, mas *tipológico*⁵⁰⁵, no sentido de se tratar de um conceito que se concretiza através da identificação de um concurso de várias características de intensidade variável, podendo a menor medida de uma delas sempre ser compensada por uma medida correspondentemente mais alta das outras⁵⁰⁶. A incerteza que daí poderia advir é, na sua opinião, minimizada precisamente através do recurso às categorias de percepção a que já nos referimos e a partir das quais é, segundo o autor, possível formar um “perfil de características próprio da negligência”⁵⁰⁷.

⁵⁰³ Acrescenta-se ainda que desta forma é feita a ponte entre a visão psicológica e a visão normativa da negligência, pois quanto maior for a previsibilidade concreta da situação de perigo mais justificada está a valoração própria da negligência (DUTTGE (2001), 422; DUTTGE (2003-2), n.º 126).

⁵⁰⁴ DUTTGE (2001), 423 e DUTTGE (2003-2), n.º 609.

⁵⁰⁵ “O conceito penalmente relevante de negligência – paralelamente ao do dolo – identifica-se como conceito tipológico” (DUTTGE (2003-2), n.º 126).

⁵⁰⁶ DUTTGE (2001), 423 e DUTTGE (2003-2), n.º 126.

⁵⁰⁷ DUTTGE (2001), 437.

Entrando mais directamente na resposta à questão antes formulada, DUTTGE procura depois definir, segundo critérios de valor, o ponto de viragem (corte classificatório) da intensidade que permite fazer a subsunção ao conceito de negligência⁵⁰⁸. Na sua opinião o juízo de valor da negligência só pode formular-se quando no *valor médio das categorias de percepção* se alcançou o segundo grau de valoração, uma vez que nesse caso a lesão iminente do bem jurídico é perceptível para qualquer pessoa⁵⁰⁹. Dessa forma, mesmo aqueles indicadores de perigo que em determinada categoria alcançam o terceiro ou mesmo o quarto grau, podem ainda possibilitar a valoração da negligência, quando apresentam nas outras categorias de percepção valores correspondentemente acima da média⁵¹⁰. A única excepção a esta regra é, de acordo com o próprio, o tempo de aviso prévio, que tem sempre de se apresentar pelo menos no segundo grau⁵¹¹.

DUTTGE apresenta como caso de aplicação exemplar deste método o caso dos “jogos de rua”⁵¹². Enquanto o *Oberlandesgericht* (OLG) de *Braunschweig* (sentença de 1 de Julho de 1963: NJW, 1963, 2038) considerou que a existência de um sinal de perigo indicador da possibilidade da existência de crianças na estrada era suficiente para que o agente pudesse contar com a possibilidade da presença em qualquer momento de crianças a brincar na rua ou a atravessar inesperadamente a mesma, o *Oberlandesgericht* (OLG) de Colónia (sentença de 11 de Junho de 1968: NJW, 1968, 2155) considerou que só quando a presença da criança fosse evidente permitiria fundamentar o juízo da negligência. DUTTGE evidencia depois que se compararmos os indicadores de perigo aqui em questão (a presença de um sinal de perigo indicador da possibilidade de surgirem crianças na estrada ou as próprias crianças) encontramos diferenças ao nível de três categorias de percepção. Se considerarmos, em primeiro lugar, a categoria de percepção *evidência*, na hipótese de presença do sinal de trânsito, porque tem de

⁵⁰⁸ Tal como já havia resultado da análise da jurisprudência.

⁵⁰⁹ DUTTGE (2003-2), n.º 127, evidencia ainda que esta ideia corresponde igualmente à orientação da jurisprudência dominante, que tem a propósito utilizado o conceito de “impor-se como evidente – *Sich-aufdrängen* – a lesão iminente do bem jurídico”.

⁵¹⁰ DUTTGE (2001), 495.

⁵¹¹ DUTTGE (2003-2), n.º 127

⁵¹² DUTTGE (2003-2), n.º 128.

ser interpretado no sentido de um perigo, estamos perante um situação de 3º grau de evidência, enquanto na hipótese de visibilidade das próprias crianças, porque basta uma simples prestação de identificação para a cognição do perigo, estaremos perante o 1º grau de evidência. Se considerarmos, em segundo lugar, a categoria *codificação/descodificação*, no caso de presença do sinal de trânsito a informação surge de forma simbolizada (2º grau de codificação), enquanto na hipótese de presença física das próprias crianças a informação surge já descodificada (1º grau), verificando-se uma identidade efectiva entre o indicador e a causa do perigo. Se considerarmos, finalmente, a *probabilidade da colocação em perigo*, na hipótese de presença do sinal de trânsito estaremos perante o 3º grau de probabilidade (probabilidade inferior a 50%), enquanto no caso de presença física das próprias crianças haverá uma alta probabilidade (2º grau de valoração) de verificação da situação de perigo. Quanto às outras categorias de percepção, DUTTGE não explicita mais diferenças nem na sua tese de habilitação, nem no seu comentário ao §16 StGB, mas do modo como valoriza todas as categorias na primeira obra deduz-se que se pode admitir também uma diferença quanto ao *tempo de aviso prévio*, que, quanto ao indicador de perigo presença do sinal de trânsito, atinge o 1º grau de valoração (tempo suficiente de aviso prévio), ao passo que quando se tornam visíveis crianças poderá haver apenas oportunidade para uma reacção rápida (2º grau de tempo de aviso prévio)⁵¹³. Finalmente, nas outras categorias temos então para DUTTGE valores idênticos: 2 na *acessibilidade* (movimento próprio exigível), 3 no *momento/duração/regularidade* (momentos irregulares e não previsíveis), 1 na *consequência danosa assinalada* (alta) e 3 na *dependência da perceptibilidade de terceiros* (terceiro independente na origem do perigo). Obtêm-se assim na hipótese da presença o sinal de trânsito do *OLG Braunschweig* o valor médio de 2,25 (3-2-2-3-3-1-3-1) e na hipótese da visibilidade das crianças do *OLG Köln* o valor médio de 1,875 (1-2-1-3-2-1-3-2). De tudo isto conclui DUTTGE que apenas na hipótese de presença física das próprias crianças (caso tratado pelo

⁵¹³ DUTTGE (2001), 441, nota 561 e 462 nota 562.

OLG Köln) o valor médio das categorias de percepção atinge o segundo grau de valoração indispensável à formulação do juízo de negligência⁵¹⁴.

DUTTGE tem consciência que a sua doutrina contradiz em vários casos a jurisprudência dos tribunais alemães, especialmente “quando se tratou de acontecimentos trágicos com graves consequências”. Considera exemplar o caso do espelho lateral, em que o condutor pôs em andamento um autocarro de crianças depois de olhar para trás através do espelho lateral, mas sem sair do autocarro para se certificar se estava ainda alguma criança fora desses ângulos de visão, causando, dessa forma, a morte de uma criança. Esse, porém, foi o cuidado exigido pelo *OLG Köln* para fundamentar a negligência. Segundo a argumentação deste tribunal: “precisamente no caso de crianças de escola mais novas, acontece não raramente e de acordo com a experiência que ao subirem para o autocarro lhes caíam da mão objectos, que podem ficar debaixo da camioneta, uma vez que os seus movimentos não são ainda suficientemente coordenados. No esforço para voltar a obter o objecto perdido, as crianças não consideram (...), em regra, os perigos que decorrem de o autocarro poder começar a andar, porque o seu pensamento em nexos causais não está suficientemente memorizado [...]. Condutores de autocarro que transportam crianças de todas as idades têm de contar com tais reacções erradas e são, por isso, obrigados a assegurar-se, através do esforço de observação correspondente, que as crianças mais novas (...) não passaram para a zona de perigo do ângulo morto”⁵¹⁵. Segundo DUTTGE, o indicador de perigo considerado pelo tribunal foi pôr em andamento o autocarro, que relativamente à ofensa do bem jurídico não é nem especialmente *evidente* nem especialmente *acessível* (em ambas as categorias situa-se no 4º grau). Uma vez que ele se relaciona com o iniciar de uma determinada actividade está, além disso, altamente *codificado* (3º grau) e revela, com base na boa experiência anterior, uma reduzida *probabilidade de colocação em perigo* (3º grau). Quanto à *consequência danosa sinalizada* ela é manifestamente não específica (2º grau) e, quanto à *dependência de terceiras*

⁵¹⁴ DUTTGE (2003-2), n.º 128.

⁵¹⁵ DUTTGE (2001), 444-445

pessoas para a percepção do perigo, ela é manifesta (3º grau). Segundo as circunstâncias dadas, nesta situação não havia, por isso, nenhum ponto de apoio para contar com resultado danoso. Com base no “perfil de características” de DUTTGE obtém-se na hipótese um valor médio de 2.75 ou 3 (4-4-3-2-3-2-3-2 ou 3 - segundo o *tempo de aviso prévio* que se presume), bastante mais de que o valor médio de 2 exigido por DUTTGE para considerar a existência de um comportamento negligente⁵¹⁶.

6.4. A “ocasião certa” como base ontológica e critério normativo delimitador da cognoscibilidade individual

Dissemos já que o ponto de partida de DUTTGE era o de que, quer o conceito de negligência, quer os critérios entretanto aduzidos para a sua concretização, eram excessivamente vagos. Ora, o conceito de “ocasião certa”, para DUTTGE, permite precisamente superar essa dificuldade, ao surgir simultaneamente como base ontológica e critério normativo de delimitação da cognoscibilidade individual⁵¹⁷, enquanto elemento estrutural definidor da acção

⁵¹⁶ *Ibidem*.

⁵¹⁷ Para descrever o desvalor da acção nos comportamentos negligentes o autor prefere partir do critério da “cognoscibilidade individual”, em detrimento de formulações ou critérios alternativos, como “ultrapassagem do risco permitido” ou “violação do dever de cuidado”, que critica (DUTTGE (2003-2), n.º 104-112). Sobre a concretização do conteúdo da negligência a partir da “ultrapassagem do risco permitido” critica, fundamentalmente, o facto de aquele critério conduzir a uma standardização da negligência a partir de parâmetros desligados do autor em concreto e, nessa medida, inevitavelmente a uma responsabilidade objectiva pelo dano semelhante à que encontramos em sede de responsabilidade civil. Ora, como afirma, “uma tal responsabilidade pelo perigo ou pelo risco [...] não tem qualquer lugar no direito penal” (n.º 104). O que se acaba de dizer evidencia ainda, segundo este autor (n.º 105), os perigos da utilização dos critérios da imputação objectiva, como o princípio do risco permitido, para concretizar o desvalor da acção negligente. Como afirma, “um conceito de negligência ‘ligado ao risco e com tendência para o objectivo’ está desde logo sob a maior suspeita de desligar o juízo de desvalor penal, no meio de um transbordante entusiasmo pelo risco, da pessoa a que esse facto deve ser atribuído, e assim desvanecer a exigência fundamental legitimadora de pena de uma evitabilidade da realização do tipo num postulado que só tem relevância teórica”. Explicita, então, que a negligência, tal como na outra forma da imputação subjectiva, o dolo, “não pode ser fundada através de uma ultrapassagem do risco permitido mas, quando muito, ser limitada na sua relevância penal através do respeito pelo risco permitido” (n.º 106), uma vez que, em qualquer dos casos, o que o direito penal reprova especificamente na negligência não é

ilícita negligente⁵¹⁸. Assim, para a afirmação do desvalor da acção negligente, decisiva é “a *evitabilidade concreta* do resultado lesivo”⁵¹⁹, o que, para DUTTGE, pressupõe que a cognoscibilidade individual do processo perigoso se fundamente numa ocasião apropriada a essa cognoscibilidade; ou seja, na sua terminologia, numa “ocasião certa”. A “ocasião certa” determina, assim, a evitabilidade concreta que se exige na negligência⁵²⁰. É que, como afirma, só esta forma de

o comportamento em si, mas a relação deste com um autor concretizado na sua situação e na sua pessoa. Conclui, por isso, que “a negligência não reside na ultrapassagem do risco permitido mas na sua cognoscibilidade *individual*” (n.º 106). Sobre o critério da “violação do dever de cuidado” DUTTGE critica, fundamentalmente – mesmo àqueles que sustentam a construção desse dever “a partir das especificidades da situação concreta e tendo em consideração as capacidades individuais de evitar” (n.º 110) – a sua “equivocidade”, uma vez que o mesmo conduz a “admitir uma pluralidade de deveres de cuidado autónomos anteriores à violação do bem jurídico (dá como exemplos os comandos de manter uma distância suficiente ao ultrapassar no trânsito ou ao acender uma fogueira na floresta), cuja falta de cumprimento deveria qualificar o facto como por si mesmo evitável e por isso negligente” (n.º 110). Tal é, segundo DUTTGE, criticável, porque o desrespeito de tais normas especiais não dispensa a autónoma comprovação e verificação da negligência. Igualmente incorrecta é ainda, segundo este autor, a ligação da “violação do dever de cuidado” ao dever que resulta da proibição geral de evitar a lesão ou o perigo para bens jurídicos, uma vez que este dever e a sua violação não são específicos da negligência, também existindo (ao nível do desvalor do resultado) no ilícito doloso.

Conclui, então, que o único critério genuíno e específico da negligência é o da cognoscibilidade individual da realização do facto típico e ilícito. É certo, como admite, que se se entender este critério “como ‘um momento puramente intra-psíquico’, nomeadamente no sentido de que a pessoa não tem de prever ‘um resultado ilícito mas que possuir a capacidade intelectual de o prever’ (RADBRUCH), então poderia levantar-se contra este critério a justa objecção de uma amplitude sem limite, o que necessariamente afectaria a sua prestabilidade” (n.º 108). Esta crítica é ultrapassada por DUTTGE através da introdução de uma delimitação normativa decorrente da construção de um dever de prever quando se verifique a denominada ocasião certa.

⁵¹⁸ Para DUTTGE também o critério do risco permitido delimita a acção ilícita negligente, negando essa ilicitude em situações em que o facto era individualmente cognoscível (DUTTGE (2003-2), n.º 123-155).

⁵¹⁹ DUTTGE (2003-2), n.º 120.

⁵²⁰ Ainda acerca da concretização do conteúdo material do desvalor da acção negligente DUTTGE trata autonomamente as hipóteses normalmente designadas como de “negligência na aceitação” (*Übernahmefahrlässigkeit*) (DUTTGE (2003-2), n.º 119-132). A este propósito alerta para os riscos de uma utilização abusiva do conceito, evidenciando que há que ser tanto mais exigente quanto mais nos afastamos do momento crítico; ou seja, quanto mais antecipamos o momento que consideramos relevante para efeitos da pergunta sobre a existência da acção negligente, sob pena de um retrocesso à ideia de responsabilidade pela “condução da vida” (n.º 119-132). É por isso que, na sua opinião, não pode fundamentar-se a responsabilidade do cirurgião que

proceder impede um excesso das exigências a que se chegaria inevitavelmente se se exigisse em cada momento de cada um uma consciência de tudo⁵²¹.

6.5. Generalização ou individualização?

À controvertida questão, já por várias vezes por referida, de saber se se justifica a utilização de critérios individualizadores logo na determinação do ilícito negligente, DUTTGE responde então afirmativamente. Para o efeito, refuta individualmente cada uma das objecções formuladas a esta solução pelos defensores da teoria do “duplo critério” ou de um “conceito complexo de negligência”⁵²².

falha na operação no facto de não ter estudado suficientemente na faculdade, assim como não pode fundamentar-se a responsabilidade do condutor que provoca um acidente na falta de atenção nas aulas de código (n.º 132). Já será diferente, continua ainda, no caso de um condutor que sofre de ataques epilépticos, na hipótese de ser evidente o perigo específico de um grave acidente de viação logo no momento em que dá início a uma viagem de longa distância que pretende empreender, evidência que pode resultar, por exemplo, da sua experiência anterior (n.º 132). Só que, considera DUTTGE, estas soluções decorrem já de princípios gerais e não de uma dogmática específica da negligência na aceitação (n.º 132). No essencial, o que DUTTGE faz é colocar o momento relevante das hipóteses geralmente tratadas como de negligência na aceitação no “momento crítico do facto” (n.º 132). Quer dizer, o que se pode censurar ao médico não é o não ter estudado suficientemente na faculdade (i.e., a sua má condução de vida), mas o ter realizado acções médicas sem a preparação devida. Critica, ainda, aqueles que, genericamente insatisfeitos com os resultados a que conduz esta figura, apresentaram a proposta de só admitir a punibilidade por negligência em relação a comportamentos que, no caso de serem dolosos, preencheriam já os pressupostos da punibilidade por tentativa. Contra esta solução alega, fundamentalmente, que não se justifica nem a analogia com a figura da tentativa nem um argumento de maioria de razão, uma vez que os fundamentos da punição da tentativa são substancialmente diferentes dos fundamentos de punição da negligência (n.º 131).

⁵²¹ DUTTGE (2001), 607, refere que a jurisprudência dominante já age desta forma, ao exigir a prova de circunstâncias especiais que evidenciem ao autor o concreto perigo de uma lesão específica do bem jurídico, acrescentando ainda que a mesma não se cansa de acentuar que “só esta exigência de «um ocasionamento fundado ou apropriado» garante [...] uma avaliação justa da situação e permite que a violação do dever de cuidado não seja afirmada apenas de acordo com uma «avaliação formal», sem considerar «minimamente» o que o autor poderia e deveria considerar e ao que poderia e deveria ter dirigido a sua atenção”. É assim preciso, como afirma aquela jurisprudência, que se apresentem “sinais exteriores”, ou seja, “pontos de partida factuais” de tal intensidade que teriam feito surgir em qualquer pessoa uma “forte suspeição” da possibilidade de verificação da situação perigosa.

⁵²² DUTTGE (2003-2), n.º 94-99.

A primeira objecção que DUTTGE refuta é a de que só através da referência a um dever *objectivo* de cuidado é possível a formulação de comandos gerais de actuação⁵²³. A isto, DUTTGE objecta que este entendimento assenta decisivamente num “duplo mal-entendido”⁵²⁴. O primeiro mal-entendido está em considerar que a solução individualizadora prescinde, em absoluto, de um critério objectivável, quando, na sua opinião, tal não corresponde à verdade. Segundo afirma, o que se passa é que, diferentemente, a solução individualizadora “não se dá por satisfeita com um dever-ser vazio, preocupando-se antes em desenvolver critérios que decididamente se conectem com as possibilidades realmente existentes de acção de cada pessoa individual”⁵²⁵. O segundo mal-entendido referido por DUTTGE parte, no seu entendimento, de uma “evidente confusão entre o ‘objectivo’ e o ‘geral’”⁵²⁶. Os defensores de uma solução generalizadora contestam a falta de concretização do comando de cuidado que resulta da necessidade de consideração de cada agente e de cada concreta situação, propugnada pela solução individualizadora, o que, no seu entendimento, “conduz a que em lugar de um número de deveres de cuidado susceptível de controlo nos coloca perante um número infinito de deveres de cuidado”⁵²⁷. DUTTGE objecta, porém, que ao contrário do que consideram os críticos de uma solução individualizadora, não é através da formulação de critérios gerais e abstractos que, independentemente do modo como sejam delineados, as dificuldades relativas à necessária determinação das exigências de comportamento para o cidadão individual desaparecem, pois, como refere, a regra nunca é capaz de descrever esgotantemente a situação real, pelo que a sua aplicação está sempre dependente da configuração do caso concreto, bem como da demonstração da sua adequação para o regular⁵²⁸. Conclui, por isso, a este propósito, que “nenhum caminho (generalização ou individualização) ultrapassa a necessidade de uma

⁵²³ DUTTGE (2003-2), n.º 95.

⁵²⁴ DUTTGE (2003-2), n.º 95.

⁵²⁵ DUTTGE (2003-2), n.º 95.

⁵²⁶ DUTTGE (2003-2), n.º 96.

⁵²⁷ *Ibidem*.

⁵²⁸ DUTTGE (2003-2), n.º 96, onde se acrescenta ainda que “isto é assim não só para o aplicador do Direito que actua depois da ocorrência do facto, mas também para o potencial agente do mesmo”.

concretização daquilo que obriga o indivíduo nas concretas condições situacionais e daquilo que ele em tais circunstâncias está em estado (é capaz) de prestar”⁵²⁹.

DUTTGE afasta ainda um outro argumento apresentado pelos defensores da solução generalizadora a partir do §323/a do StGB (que prevê, em termos análogos ao artigo 295.º do Código Penal Português, o crime de inimputabilidade perigosa). Referem os defensores da solução generalizadora que só a solução que considera a existência de um facto ilícito e que apenas afasta a culpa permite ainda a condenação por embriaguez perigosa (§ 323/a), bem como a consequente imposição de uma medida de segurança (§§ 61 e ss). DUTTGE afasta, porém, este entendimento, por razões que nada têm que ver com a discussão entre generalização ou individualização para efeitos de determinação do ilícito negligente. Argumenta, a propósito, que a previsão e, portanto, a possibilidade de aplicação do preceito em questão, que evidentemente não admite a sua aplicação analógica com um sentido desfavorável ao agente, não se basta com a verificação de qualquer razão de exclusão da culpa do autor, como seria, para quem assim considera, a violação de um dever individual de cuidado, mas exige, expressamente, que essa exclusão da culpa resulte de uma situação de *inimputabilidade* (no sentido do §20 do StGB). Nessa medida será sempre o próprio tipo de ilícito do §323/a que não estará preenchido, independentemente da posição que se tome acerca da questão que agora nos ocupa⁵³⁰.

Afasta ainda a invocação do princípio da igualdade contra a solução individualizadora, alegando, com inteira razão, que o comando que dele resulta não é o de que todos sejam tratados da mesma forma, mas o de que se trate igualmente o que é igual e diferentemente o que é diferente, o que evidentemente

⁵²⁹ Como refere, citando no mesmo sentido STRATENWERTH, “do mesmo comando de não pôr em perigo ou de não lesar bens jurídicos alheios (ou interesses protegidos juridicamente) nascem instruções de acção inteiramente diferentes segundo a situação em que a pessoa se encontra e aquilo que a pessoa pode” (DUTTGE (2003-2), n.º 96).

⁵³⁰ DUTTGE (2003-2), n.º 98

só depõe a favor de um critério de decisão sobre a ilicitude do facto baseado nos dados e capacidades individuais que são, em cada caso, diferentes⁵³¹.

Refuta, ainda, a crítica de que uma solução individualizadora da negligência, ao transportar para o ilícito considerações de natureza subjectiva e individual, revela uma confusão entre ilícito e culpa. Contra isto alega que é exactamente assim no caso do ilícito doloso, onde se admite sem reservas um momento objectivo e um momento subjectivo, e que é precisamente a solução generalizadora que ao remeter para a culpa tudo o que seja subjectivo ou individual conduz a uma “totalmente desnecessária complicação do processo de aplicação do direito sem qualquer vantagem para o conhecimento”⁵³².

Crítica, finalmente, os defensores do que designa por, fazendo sua a expressão de CASTALDO, uma “individualização a meio caminho”⁵³³; ou seja, a posição daqueles que, como ROXIN, generalizam no caso de capacidades (saber ou poder) inferiores, mas individualizam no caso de capacidades (saber ou poder) superiores. Afirma, a propósito, que esta solução se “contradiz a si mesma”⁵³⁴, uma vez que a solução de um mesmo problema de fundo não pode ter uma resposta diferente para cada uma das constelações de casos sem que por sua vez se apresente um fundamento que possa racionalmente permitir compreender esta diferenciação⁵³⁵.

6.6. A crítica a DUTTGE

A doutrina de DUTTGE desencadeou uma larga polémica, como era de esperar dada a novidade das suas posições, que implicam uma revisão geral da dogmática da negligência em Direito Penal, com base no estudo mais desenvolvido da jurisprudência e da doutrina alemãs na matéria, desde a

⁵³¹ DUTTGE (2003-2), n.º 99.

⁵³² DUTTGE (2003-2), n.º 99.

⁵³³ DUTTGE (2003-2), n.º 97.

⁵³⁴ DUTTGE (2003-2), n.º 97.

⁵³⁵ DUTTGE (2003-2), n.º 97.

celebrada obra de ENGISCH. Nesta polémica destacaram-se HERZBERG⁵³⁶ – com resposta de DUTTGE⁵³⁷, réplica de HERZBERG⁵³⁸ e resposta à réplica⁵³⁹ – ROXIN⁵⁴⁰ e HOYER⁵⁴¹. Em vez de proceder a uma descrição narrativa dos argumentos aduzidos e respectiva crítica, parece preferível, para evitar repetições, considerá-los no âmbito de uma apreciação crítica global do pensamento de DUTTGE.

Uma parte dos argumentos relaciona-se com a pretensão de DUTTGE de fornecer um critério preciso de delimitação da negligência punível, deixando de fora os comportamentos que todos têm, incluindo as pessoas prudentes e conscienciosas, e os que excedem as capacidades individuais do agente. Esta pretensão aproxima DUTTGE daqueles autores – como KOHLRAUSCH e ARTHUR KAUFMANN –, que expressamente advogam, como veremos mais à frente, uma alteração legislativa que restrinja a punibilidade da negligência inconsciente. DUTTGE não pretende, porém, impor pela via interpretativa alterações legislativas. Não é, assim, correcta a crítica de HERZBERG, de que DUTTGE pretende restringir a punibilidade da negligência à negligência grosseira⁵⁴². Também não é a de ROXIN, de que as distinções que DUTTGE faz para definir uma ocasião certa dentro dos casos de ultrapassagem do risco permitido, a não representarem, como interpretou HERZBERG, uma restrição da punibilidade à negligência grosseira, implicam a criação sem base legal de uma terceira figura entre a negligência simples e a grosseira, desconforme à Constituição⁵⁴³. Trata-se apenas, segundo DUTTGE, de delimitar a negligência simples punível, através da “ocasião certa”, exigindo-se ainda para a negligência grosseira uma “ocasião certa mais elevada”⁵⁴⁴. O argumento de HERZBERG de que a interpretação de

⁵³⁶ HERZBERG (2001).

⁵³⁷ DUTTGE (2003-1).

⁵³⁸ HERZBERG (2004).

⁵³⁹ DUTTGE (2005).

⁵⁴⁰ ROXIN (2006), §24 n.º47-52.

⁵⁴¹ HOYER (2004).

⁵⁴² HERZBERG (2001), 577-578.

⁵⁴³ ROXIN (2006), § 24 n.º 48.

⁵⁴⁴ DUTTGE (2003-1), 451-452. DUTTGE (2001), 388.

uma norma penal de acordo com a Constituição supõe que esteja previamente decidida a sua compatibilidade com o princípio da legalidade⁵⁴⁵ é insustentável: antes pelo contrário, só depois de determinado por interpretação o sentido de uma disposição legal, é que pode perguntar-se pela sua conformidade com a constituição.

Outro conjunto de argumentos resulta da tentativa de defesa contra DUTTGE das teses anteriormente defendidas pelos seus críticos. Assim, HERZBERG diz que não sabe de nenhuma sentença que negue a negligência apesar de o autor ter censuravelmente agido contrariamente a uma norma concreta de cuidado, das chamadas por HERZBERG “normas do campo antecedente” (*Vorfeldnormen*), “e precisamente por esse meio (nexo de violação do dever [*Pflichtwidrigkeitszusammenhang*]: tenha causado o resultado”⁵⁴⁶. Ora, DUTTGE nega à violação da norma do campo antecedente mais do que o valor meramente indiciário⁵⁴⁷, pelo que, assim, a questão da ilicitude da negligência não está decidida só porque o condutor que atropelou uma criança numa localidade em circunstâncias que tornavam isso para ele inevitável viajava nesse momento a 51 km/h, mais 1km/h que o legalmente permitido. Neste ponto, aliás, DUTTGE é acompanhado por ROXIN⁵⁴⁸ e a doutrina dominante, que exigem que a ultrapassagem do risco permitido se traduza numa criação ou aumento do risco que se materializa no resultado, o que faltaria nesta hipótese.

Por outro lado, argumenta ROXIN que as regras que defende, de restrição da punibilidade no caso de ultrapassagem do risco permitido, delimitam a negligência de modo pelo menos tão preciso e ainda materialmente mais correcto do que os critérios do DUTTGE⁵⁴⁹. É claro que este argumento está dependente da correcção das teses de ROXIN que foi discutida no lugar próprio. Mais importante será aqui discutir se os critérios de DUTTGE garantem necessariamente a

⁵⁴⁵ HERZBERG (2004), 594.

⁵⁴⁶ HERZBERG (2001), 574.

⁵⁴⁷ DUTTGE (2003-1), 455.

⁵⁴⁸ ROXIN (2006), § 24, n.º 51.

⁵⁴⁹ ROXIN (2006), § 24, n.º 49-51.

pretendida determinação nos resultados da sua aplicação. A simplicidade com que o DUTTGE subsume as circunstâncias dos indicadores de perigo aos vários graus das categorias de percepção, de forma a atribuir-lhes valores numéricos, esconde a problemática dessa aplicação. Mas se a aplicação ao caso dos critérios de DUTTGE é duvidosa, não está garantida a determinação dos seus resultados. Isto torna-se evidente se atentarmos nos casos exemplares, atrás descritos, em que DUTTGE toma posição em divergências jurisprudenciais ou se afasta da jurisprudência dominante. Assim, quanto à questão de saber se o sinal de aviso de crianças dá ocasião suficiente (ocasião certa) para contar com crianças a brincar, que podem inesperadamente correr para a faixa de rodagem, que foi respondida positivamente pelo *Oberlandsgericht* de *Braunschweig* e negativamente por DUTTGE, entende justamente ROXIN que tudo depende de saber se a estrada tinha visibilidade de todos os lados ou não. Se não era – como se depreende na hipótese de crianças até certa altura não visíveis terem corrido inadvertidamente para a frente do carro – haverá negligência, segundo ROXIN, se o atropelamento se verifica em consequência do desrespeito pelo sinal de aviso⁵⁵⁰. Resulta daqui que a própria aplicação dos critérios de DUTTGE ao caso é duvidosa: relativamente à probabilidade do perigo, que DUTTGE classificou no 3º grau (reduzida), haverá que considerá-la de grau mais elevado, havendo insuficiente visibilidade. Por outro lado, haverá que ponderar se a própria visibilidade insuficiente deve contar como novo factor de perigo para além do sinal de aviso, ou se deve ser considerada apenas como uma circunstância que altera a valoração do indicador de perigo anterior (sinal de trânsito). Ora, DUTTGE não só não dá suficiente relevo à problemática da aplicação, como não determina, pelo menos em tese geral⁵⁵¹, como fazer a ponderação nos casos em

⁵⁵⁰ ROXIN (2006), § 24, n.º 51.

⁵⁵¹ É certo que noutro caso exemplar, o caso do *Rottweiler*, DUTTGE considera explicitamente uma cumulação de indicadores de perigo, nomeadamente a perigosidade geral de cães dessa raça, a agressividade individual já conhecida desse cão contra outros cães pretos, a falta de domínio do dono sobre o *Rottweiler* e a vista do cão perto do cão preto. Ao ponderar esses vários factores em função das respectivas categorias de percepção, DUTTGE faz como se de todos eles resultasse uma única indicação global do perigo (*Merkmalsprofil*) composta pela gradação mais alta (correspondente em DUTTGE ao menor valor numérico) em cada categoria de qualquer dos indicadores. Neste caso

que se acumulam indicadores de perigo. Apenas diz que a soma dos indicadores e das qualidades de perigo contribui para fazer transbordar a bacia e fundamentar a negligência. Subsiste, portanto, uma larga zona de indeterminação dos resultados.

Dúvidas semelhantes se levantam no outro caso exemplar atrás referido, em que DUTTGE diverge da jurisprudência na hipótese do condutor que pôs o autocarro de crianças em andamento sem se certificar previamente da inexistência de crianças nos ângulos de visão não abrangidos pelo espelho retrovisor e pelo olhar para trás. DUTTGE considera aqui como único indicador de perigo o colocar em andamento do autocarro, sem considerar como tal a existência de crianças pequenas que circundavam o autocarro em momento imediatamente anterior. Como bem acentuou a sentença do *Oberlandsgericht* de Colónia o perigo aqui provem especialmente das crianças que circundam o autocarro imediatamente antes da partida. Acresce a falta de visibilidade resultante de restarem ângulos mortos de visão que não são abrangidos pelo espelho retrovisor e por um olhar para trás. É evidente que a conjugação destas circunstâncias aumenta em muito a probabilidade do atropelamento. Mais uma vez, DUTTGE não discute suficientemente a problemática da aplicação dos seus critérios e, nomeadamente, em que medida outras circunstâncias do caso além da colocação em marcha do autocarro constituem outros indicadores de perigo ou vêm alterar as qualidades dos indicadores considerados. A solução defendida por DUTTGE parece claramente contra-intuitiva, parecendo mesmo justificado perguntar se a falta de controlo de que subiram todas as crianças antes de pôr em marcha o autocarro não representa negligência grosseira.

Outra dificuldade da concepção de DUTTGE provém do conceito tipológico de negligência que utiliza. A oposição que DUTTGE faz entre o seu conceito

DUTTGE valora separadamente os primeiros indicadores de perigo e altera esses valores quando todos se conjugam na situação do caso em que o *Rotweiler* se encontra no espaço público com o cão preto (e por isso ataca o dono deste último que tenta separá-los): assim, por exemplo, a evidência passa de 3 para 1, a codificação de 2 para 1, a probabilidade de 3 para 2, num *Merkmalsprofil* do caso antes e depois da vista do cão preto.

tipológico e um conceito lógico-formal é, porém, minimizada pelo próprio DUTTGE, na medida em que o conceito dogmático da negligência que se procura deve possibilitar com a máxima determinação possível a subsunção dos casos concretos de negligência nos tipos especiais de crime negligente. Nas palavras de DUTTGE, tal acontece através de “um corte classificatório”, que, afinal, transforma um certo conjunto de características (ou circunstâncias do caso), entre elas necessariamente indicadores de perigo de certa descrição, num conceito formal de negligência, que se inclui, como uma espécie de casos, no conceito mais geral de negligência do tipo de crime. Na metodologia jurídica tradicional a determinação destas espécies de casos é feita progressivamente pelo trabalho jurisprudencial e doutrinário da aplicação do direito. Ora, DUTTGE pretende fixar, de uma vez por todas, as características relevantes, entendidas como categorias de percepção, comuns a todos os indicadores de perigo que integram, quando atingida uma certa média aritmética (2 ou menos) dos valores daquelas características, a “ocasião certa”, como meio de delimitar a cognoscibilidade como característica geral da negligência punível. A diferença entre a metodologia tradicional e a de DUTTGE pode exprimir-se através do título que dá a uma das secções do seu livro: “concretizações por precedentes em vez de por uma figura de medida”. O que DUTTGE pretende nessa parte da sua obra é que a concretização por espécies de precedentes, que resulta da sua extensa análise da jurisprudência alemã da negligência, pode ser mais rigorosamente, e mais correctamente quanto ao resultado, substituída por uma figura de medida, o seu perfil aritmético de características. Ora, nada se ganha e muito se pode perder, se não mesmo o essencial, com o assim proposto abandono da metodologia tradicional. A discussão circunstanciada da valoração da ilicitude em cada espécie de casos, que se faz tradicionalmente através da determinação de conceitos à partida vagos, como os de dever de agir, evitabilidade, cognoscibilidade, risco não permitido, não pode ser substituída pela aplicação, só aparentemente simples, de uma fórmula aritmética. Isto em nada diminui os grandes méritos de DUTTGE ao delimitar os casos de cognoscibilidade relevantes

em função de categorias de percepção com base na psicologia cognitiva, ou numa certa versão desta última⁵⁵².

Já atrás se viu que a aplicação do aritmético perfil de características de DUTTGE nos casos concretos é fortemente discutível, que anula grandemente os pretendidos ganhos de rigor determinativo. Mas são igualmente discutíveis as próprias categorias de percepção escolhidas. DUTTGE aplica sem crítica uma série de conceitos aplicados num estudo de psicologia sobre acidentes de trabalho. Ora, é desde logo duvidosa a distinção entre as categorias da evidência e da acessibilidade, como se depreende de as definições dos graus de cada uma serem praticamente equivalentes, aproximadas ou até idênticas: “imediate” *versus* “impondo-se por si mesma”, “por mudança” *versus* “movimento espacial necessário”, “por interpretação” *versus* “movimento especial necessário”, “por memória” *versus* “por memória”. É contestável que a cognoscibilidade do perigo aumente quando o indicador do perigo é prolongado ou duradouro: um sinal irregular e imprevisível pode tornar bem mais cognoscível o perigo. As categorias da probabilidade do perigo, da gravidade da consequência danosa e tempo de reacção não têm que ver com a percepção nem com a cognoscibilidade, mas sim com a evitabilidade ou com a gravidade do ilícito. Não parece que todas as categorias devam entrar com a mesma ponderação para a média final. A codificação ou a regularidade parecem menos importantes que a evidência. Esta última parece mesmo ser sozinha capaz de poder substituir todas as outras, excepto o tempo de reacção.

A recepção que DUTTGE faz da psicologia cognitiva deixa de fora muitos dos desenvolvimentos desta última e das ciências conexas, como a neurociência, que mais directa relevância tem para o estudo da negligência inconsciente⁵⁵³. O conceito de percepção dos indicadores de perigo que adopta deixa de fora o possível juízo de previsão, que é essencial à cognoscibilidade quer do perigo quer da realização do facto típico, pelo que não tematiza a relação entre o juízo de

⁵⁵² Especialmente o trabalho de RUPPERT, HIRSCH e WALDHERR (1985).

⁵⁵³ Veja-se *infra* Parte II.

previsão e outros elementos do sujeito. É certo que DUTTGE considera a probabilidade do perigo como uma das categorias da percepção, mas o que é relevante para a cognoscibilidade é o juízo subjectivo de previsão e não a probabilidade objectiva. Aqui acaba por ser infiel ao seu proclamado programa de usar critérios individualizadores na determinação da ilicitude – diz DUTTGE “que sinais de aviso evidentes e apreensíveis podem encontrar-se ou (objectivamente) nos dados do facto exteriores e assim serem visíveis ou (subjectivamente) no saber concreto da pessoa em causa”, e ainda que “aqui reside o fundamento da distinção entre negligência consciente e inconsciente”, pelo que “núcleo da negligência não é por consequência ter praticado um modo de comportamento perigoso, mas objecto da censura de negligência punível é antes agir em contrário da proibição apesar da ocasião certa (pelos dados de facto exteriores ou com base no saber próprio); não se ter distanciado a tempo do ulterior curso causal em direcção a uma violação do bem jurídico”⁵⁵⁴.

Há, portanto, que dar razão à crítica de HOYER, de que com a delimitação normativa da previsibilidade individual pela ocasião certa, DUTTGE liga a negligência inconsciente a um dever prever jurídico, em vez de a ligar a um poder prever psicológico. Ao violar tal dever de previsão o autor cometeria uma violação individual do dever de cuidado; ora, HOYER faz valer que “o ilícito do comportamento negligente inconsciente não pode estar ligado a uma tal violação do dever de cuidado. Com efeito, se o autor tivesse cumprido o seu dever de previsão, sem por isso alterar o seu comportamento exterior arriscado, então ele teria agido com negligência consciente ou mesmo dolosamente e, portanto, realizado um ilícito qualificado. A imposição de um tal dever de previsão não contribuiria, portanto, para evitar nem o ilícito de resultado nem o de acção, mas apenas para elevar o ilícito da acção. Inversamente, poderia também o autor ser onerado com a violação do seu dever de previsão como ilícito negligente, quando ele, por outros motivos que não a previsão do risco, tivesse alterado o seu comportamento exterior de tal modo que ele decorreu objectivamente sem risco.

⁵⁵⁴ DUTTGE (2001), 356-357.

A limitação normativa do poder prever individual exigível para a negligência inconsciente tem, portanto, de ter lugar de outra maneira que não através de um dever de previsão”⁵⁵⁵. Segundo HOYER: “a cognoscibilidade individual, exigível para a negligência inconsciente, do risco não permitido ligado ao comportamento é não só fundada como também limitada pelo conhecimento de indicadores desse risco”⁵⁵⁶. Para chegar a esta conclusão, constata HOYER, em primeiro lugar, que em toda a previsão o sujeito parte de factos, actuais ou passados, que lhe são conhecidos, e de regras de experiência (base de prognose), para concluir que se se seguirá um evento futuro (resultado da prognose)⁵⁵⁷. Deste modo, “quer na descuidada dedução de um resultado de prognose quer, na formação descuidada de uma base de prognose, a censura da negligência inconsciente baseia-se em que o autor possuía um conhecimento determinado – é certo que não relativamente a riscos existente como na negligência consciente, mas sim relativamente a indicações de risco existentes”⁵⁵⁸.

7. Teses negadoras do merecimento penal da negligência inconsciente por falta de uma base subjectiva

Alguns autores defenderam a tese de que não se justifica a punição da negligência inconsciente, por falta de uma base subjectiva para fundamentar a culpa ou, mesmo antes desta, a própria ilicitude. Assim, por exemplo, entende ARTHUR KAUFMANN que na negligência inconsciente o perigo para o bem jurídico não chega ao nível da consciência e, por isso, não pode ser abrangido pela vontade, pelo que sem uma relação interior material com uma certa espécie de resultado típico não pode haver culpa em sentido material, que ARTHUR KAUFMANN manifestamente entende como culpa da vontade. É certo, adverte, que isto só é assim, sem excepção, no momento em que a acção conduz ao

⁵⁵⁵ HOYER (2004), n.º 26.

⁵⁵⁶ HOYER (2004), n.º 31.

⁵⁵⁷ HOYER (2004), n.º 27.

⁵⁵⁸ HOYER (2004), n.º 31.

resultado típico, uma vez que num estágio anterior podem existir consciência e vontade da colocação em perigo e, portanto, culpa⁵⁵⁹. Nas suas palavras: “em tais casos há uma espécie de *actio libera in causa* que suporta inteiramente uma pena por culpa”⁵⁶⁰. Mas, como também acrescenta, nem em todos os casos de negligência inconsciente é possível verificar, num momento anterior à verificação do resultado, uma violação do dever consciente e querida relativamente ao resultado a evitar. ARTHUR KAUFMANN dá, a este propósito, o exemplo da mulher que, por puro esquecimento, não arrumou um frasco com líquido abrasivo nunca tendo consciência actual do perigo. ARTHUR KAUFMANN invoca então, para comprovar a sua tese, o facto de que na negligência inconsciente se pune segundo a medida do resultado e não segundo a medida de uma qualquer culpa. Este ponto foi bem acentuado por KHOLRAUSCH em 1910, num texto que ARTHUR KAUFMANN transcreve: “que nesses casos não se trata de todo de uma forma de culpa revela-se no facto de que a pena não sobe ou desce em paralelo com momentos subjectivos, mas apenas com a gravidade objectiva do resultado. Um automobilista aborda a toda velocidade uma curva sem visibilidade de uma estrada municipal, onde qualquer condutor prudente andaria de vagar. Uma vez que nesse lugar nunca nada lhe aconteceu, não pensa sequer sobre a possibilidade de um desastre. Admitamos quatro consequências: 1 - mata uma pessoa; 2 - ofende corporalmente uma pessoa; 3 - mata uma galinha; 4 - nada acontece. No primeiro e segundo casos são aplicáveis penas de gravidade muito diferente; no terceiro há lugar a uma indemnização por dano e, no quarto, não há qualquer ilícito criminal ou civil, apenas policial. O seu comportamento anterior nas quatro situações é precisamente o mesmo, e apenas

⁵⁵⁹ Parece-nos, porém, que ARTHUR KAUFMANN não tem razão ao qualificar estas hipóteses como sendo ainda de negligência inconsciente, uma vez que elas são melhor caracterizadas como sendo já de negligência consciente.

⁵⁶⁰ KAUFMANN, ARTHUR (1961), 156-157, distingue entre os casos em que a culpa não pode ser reportada a um estágio em que não pode ainda admitir-se uma obrigação de evitar resultados de certa espécie – como o do médico que causa a morte do doente por ter conscientemente omitido adquirir os necessários conhecimentos enquanto estudante –, e os casos em que esse dever existe actualmente, como acontece com o médico que está já a exercer a sua profissão e que, no exercício dessa actividade, deve constantemente actualizar-se.

as consequências jurídicas são profundamente diferentes. A diferença das consequências não pode, portanto, basear-se em diferenças do comportamento anterior”⁵⁶¹. Relativamente aos exemplos de KOHLRAUSCH, há que notar que nem ele nem ARTHUR KAUFMANN consideram a relevância de um elemento subjectivo cuja importância decisiva seria, como já vimos, acentuada por ENGISCH. Referimo-nos, evidentemente, à cognoscibilidade – que poderá variar com o resultado mais ou menos grave a que se reporta –, e que constitui ela própria condição essencial da inevitabilidade do resultado e, consequentemente, da punibilidade do facto negligente.

ARTHUR KAUFMANN ocupa-se ainda em demonstrar que não procedem as várias tentativas anteriores de descobrir uma relação psicológica positiva com o resultado típico na negligência inconsciente. Pode considerar-se, pela sua actualidade, particularmente interessantes as críticas que faz a WOLFGANG MITTERMAIER. Segundo MITTERMAIER existiriam na negligência inconsciente representações de facto que poderiam e deveriam ter influenciado o sentimento de dever. O farmacêutico, por exemplo, teve a representação da receita, o dono do pátio teve a representação do cão e da rua. Ora, segundo ARTHUR KAUFMANN, a representação das circunstâncias anteriores como tal é irrelevante, porque só a representação da perigosidade dessas circunstâncias pode despertar o sentimento de dever⁵⁶². ARTHUR KAUFMANN, porém, não tem razão quando nega que a cognoscibilidade resultante da consciência de circunstâncias exteriores objectivamente perigosas possa ser relevante para a fundamentação da culpa. É certo que a mera consciência das circunstâncias exteriores perigosas é insuficiente para fundar a cognoscibilidade da realização do tipo. Falta ainda a possibilidade do conhecimento causal relevante para a possibilidade da realização do tipo e a capacidade actual desse conhecimento e da motivação por ele. Mas a culpa e, numa concepção sistemática que não reduza a negligência a uma forma de culpa, também desde logo a ilicitude, podem fundar-se num elemento subjectivo que consista num poder prever e não já numa vontade actual.

⁵⁶¹ KAUFMANN, ARTHUR (1961), 162.

⁵⁶² KAUFMANN, ARTHUR (1961) 159-160.

Diferentemente, já é de dar razão a ARTHUR KAUFMANN quando este critica as teorias que reduzem a culpa da negligência inconsciente a uma negação, como seja a má vontade negativa, a falta de representação e de vontade, a falta de cuidado ou a falta da necessária atenção. Como afirma, “a culpa, porém, não pode consistir numa negação, é antes algo realmente existente e tem por isso de assentar numa relação positiva com o resultado da acção”. Aquela concepção, acrescenta, “apoia-se num exagerado normativismo que considera a culpa uma mera valoração sem um substrato real na sua base”⁵⁶³.

ARTHUR KAUFMANN não retira, porém, de toda a sua construção, as necessárias consequências dogmáticas, uma vez que, considerando o direito vigente, considera indiscutível a punibilidade da negligência inconsciente, mesmo fora dos casos por si identificados em que há uma culpa antecedente em termos semelhantes *a actio libera in causa*. Escreve: “não punir um guarda de estação que se esqueceu de fechar as cancelas e assim causou a morte a 20 pessoas está, nas circunstâncias actuais, fora de discussão”⁵⁶⁴. Não querendo fazer obra *de lege ferenda*, ARTHUR KAUFMANN resigna-se a não tirar consequências práticas da sua tese, limitando-se a um lamento filosófico da inevitável má consciência do bom jurista, já referida por RADRBUCH⁵⁶⁵. Esta posição, contudo, parece-nos insustentável em termos de dogmática jurídica. Se a punibilidade de alguns casos de negligência inconsciente viola o princípio da culpa, como considera ARTHUR KAUFMANN, deve concluir-se que é inconstitucional e que, como tal não é direito válido.

Um passo para a correcção, neste último sentido, do direito positivo, foi posteriormente dado por KÖHLER, que, no entanto, por força de uma sistemática que situa a negligência ao nível do tipo de ilícito, nega, pelas mesmas razões de ARTHUR KAUFMANN, que possa haver um tipo de ilícito sem tipo subjectivo⁵⁶⁶. KÖHLER considera que a concepção dominante tem na sua base um conceito de

⁵⁶³ KAUFMANN, ARTHUR (1961) 160-161.

⁵⁶⁴ KAUFMANN, ARTHUR (1961) 164.

⁵⁶⁵ *Ibidem*

⁵⁶⁶ KÖHLER (1997), 178-179.

negligência inconsciente demasiado amplo, que abrange dois grupos de casos: um primeiro em que estão incluídas as situações de violação consciente de normas de cuidado que estão frequentemente descritas como normas de perigo abstracto (por exemplo, as normas que regulam o funcionamento do tráfego rodoviário). Quanto a este grupo de casos pensa KÖHLER, se bem o entendemos, que a doutrina dominante está certa em considerá-lo como um grupo de casos de negligência inconsciente punível, mas considera igualmente que essa mesma doutrina justifica a sua punibilidade “através de um conceito deficiente de ilícito penal, que considera suficiente todo o comportamento de perigo abstracto, excluindo, de forma materialmente infundada e sistematicamente contraditória, a exigência de imputação subjectiva”. KÖHLER não o diz explicitamente mas implica, *a contrario*, que a punibilidade deste grupo de casos seria justificada por outra razão, como crimes dolosos de perigo abstracto.

A doutrina dominante inclui, porém, no conceito de negligência inconsciente um segundo grupo de casos. Como nota KÖHLER: “segundo a doutrina devem ser puníveis pelos tipos de crimes negligentes também as prestações defeituosas, que podem ser descritas como simples falta de percepção, esquecimento, falhas em consequência de distração voluntária em situações repentinas de sobrecarga, de emoção ou de excesso de exigência. São, portanto, puníveis também falhas de comportamento que assentam na limitação da capacidade humana de prestação e que são, por isso, afinal uma parte inseparável dos típicos perigos sistémicos – que se distinguem conceptual e fenomenologicamente de forma clara da falta de cuidado consciente relativamente a normas de cuidado que são conscientemente conhecidas”. Acrescenta ainda que considerar estas situações puníveis é, “desde logo e a uma primeira vista, altamente questionável, uma vez que ‘mesmo o mais consciencioso faz faltas’. Contra os pressupostos do ilícito e da culpa penal é onerado o indivíduo com uma pena por uma simples falha objectiva, ou até por um perigo sistémico que é originado em conexões de comportamento colectivas (...). Existe uma contradição imanente entre a punibilidade extensiva da negligência e uma concepção que toma a sério o critério subjectivo na

determinação da norma de cuidado, porquanto tal concepção deveria reconhecer variações involuntárias de capacidade de juízo e de percepção, como sejam as que resultam de distração, esgotamento ou rotina”⁵⁶⁷.

KÖHLER considera, por isso, metodologicamente fundado, logo de um ponto de vista de direito positivo, com base na força constitucional do princípio da culpa, restringir os casos de negligência às situações de negligência grave e subjectivamente consciente. Entende, ainda, que a formulação aberta da lei não é em si um obstáculo intransponível a esta conclusão, embora reconheça que a existência de um acto legislativo esclarecedor se torne, na prática, necessário, considerando a tradição antecedente. Provisoriamente, porém, considera que poderia aplicar-se genericamente a norma constante do §153 do Código de Processo Penal alemão, referente às situações de arquivamento com dispensa de pena em casos de culpa diminuta, como são, no seu entendimento, os casos de “simples negligência”⁵⁶⁸.

KÖHLER tem razão em distinguir dos casos de violação consciente de normas de cuidado, os casos de incapacidade individual de prestação. Não reconhece, porém, erradamente, que pode haver capacidade individual de prestação sem consciência actual e efectiva do perigo, bastando a mera cognoscibilidade do mesmo para o agente. Com efeito, KÖHLER, tal como ARTHUR KAUFMANN, só admite como base de imputação subjectiva a consciência actual e efectiva do perigo, quando a simples consciência dos sinais de perigo pode bastar para fundamentar a cognoscibilidade e, consequentemente, a evitabilidade do resultado típico. Dessa forma, os casos de cognoscibilidade do perigo ficam fora da classificação de KÖHLER.

⁵⁶⁷ KÖHLER (1997), 178 -180.

⁵⁶⁸ KÖHLER (1997), 182.

8. A co-consciência das normas de cuidado na negligência inconsciente, segundo ESTHER HAVA GARCÍA

De entre as monografias mais recentes sobre a negligência inconsciente que se situam na esfera de influência e discussão da dogmática alemã destaca-se a de ESTHER HAVA GARCÍA⁵⁶⁹. As questões centrais a que a autora procura responder na sua tese são a de saber se é possível identificar um tipo subjectivo *stricto sensu* no comportamento negligente, especialmente na negligência inconsciente e, em caso de resposta afirmativa a esta pergunta, qual o seu conteúdo. Considera a autora que a resposta a estas perguntas depende decisivamente da posição que se adopte acerca de dois problemas fundamentais que trata como “premissas metodológicas”⁵⁷⁰: a natureza da norma penal e o conteúdo do juízo de ilicitude. A este propósito, opta por uma concepção mista acerca da natureza da norma penal, entendida simultaneamente como norma de determinação e norma de valoração, e por um conceito de ilícito composto simultaneamente por desvalor da acção e desvalor do resultado⁵⁷¹. No que especificamente se refere ao crime negligente evidencia que “a ‘negligência’ ou o ‘descuido substituem, ao nível do desvalor da acção, a ‘decisão pela violação do bem jurídico’ que se verifica no crime doloso”⁵⁷². Considera, por isso, que “para afirmar o desvalor da acção negligente também será necessário que o sujeito receba a eficácia motivadora do aspecto valorativo da norma (quer dizer, que *reconheça* o valor que norma pretende proteger) e que, além disso, *conheça* (tenha aprendido previamente) as concretas normas de cuidado que se devem seguir no caso concreto para assegurar a sua incolumidade, pois que o direito penal não pode esperar um comportamento cuidadoso com respeito a um bem jurídico de um indivíduo que,

⁵⁶⁹ HAVA GARCÍA (2002).

⁵⁷⁰ HAVA GARCÍA (2002), 1-42.

⁵⁷¹ HAVA GARCÍA (2002), 35-42.

⁵⁷² HAVA GARCÍA (2002), 39.

ou ainda não reconhece esse valor ou ainda não aprendeu as regras de cuidado para o preservar”⁵⁷³.

Conclui, então, que o tipo de ilícito negligente é composto simultaneamente por elementos objectivos e subjectivos, procurando em seguida identificá-los e concretizar o seu conteúdo. Nas suas próprias palavras “o processo dedutivo da negligência típica não culmina com a completa identificação do dever de cuidado exigível ao sujeito; pelo contrário, pode antes dizer-se que começa precisamente nesse momento, na medida em que tal barómetro não constitui a essência da negligência mas um instrumento normativo que opera como indicador (muito qualificado) na hora de determinar os verdadeiros elementos. A negligência, em definitivo, pode descrever-se mais exactamente como uma modalidade típica do comportamento de natureza objectiva/subjectiva ou mista”⁵⁷⁴.

Quanto aos elementos objectivos do tipo de ilícito negligente considera a autora que são unicamente dois os componentes objectivos típicos (elementos) essenciais da negligência: (i) a produção do desvalor do resultado previsto no tipo e (ii) a infracção tipicamente relevante da pauta de cuidado exigível. Quanto a este segundo elemento ele pressupõe, segundo afirma, que se comece por determinar qual o cuidado exigível⁵⁷⁵. A este propósito escreve então que “a constatação da vertente objectiva do tipo de ilícito negligente (infracção de cuidado exigível) requer uma comparação entre a conduta do sujeito e um critério ou pauta de cuidado cujo conteúdo em cada caso deverá ser concretizado [...] pelo julgador”. Para concretizar essa pauta de cuidado no caso concreto

⁵⁷³ HAVA GARCÍA (2002), 39-40, onde acrescenta que, consequentemente, as crianças de muito tenra idade não praticam acções *ilícitas* (e não apenas não culposas). Uma vez que ainda não apreenderam as precauções que devem adoptar-se para salvaguardar a vida, não podem cometer homicídios negligentes.

⁵⁷⁴ HAVA GARCÍA (2002), 133.

⁵⁷⁵ HAVA GARCÍA (2002), 136, onde se explica também que, no seu entendimento, previsibilidade objectiva e dever objectivo de cuidado constituem pressupostos e não elementos do tipo de ilícito negligente.

consideram-se, segundo a autora: (i) regras técnicas e «legis artis»; (ii) especiais capacidades do sujeito activo e (iii) o princípio da confiança⁵⁷⁶.

Especificamente sobre o tipo subjectivo do ilícito negligente, a autora constrói a sua própria posição a partir de uma apreciação crítica daquelas concepções que “sem renunciar a critérios de imputação objectiva na hora de restringir o alcance do tipo objectivo, insistem na conceptualização de um tipo subjectivo, em princípio comum a todas as modalidades da negligência, a partir de um certo grau de conhecimento na mente do sujeito cuja constatação seria sempre necessária”⁵⁷⁷. É o caso, segundo afirma, da concepção de BUSTOS RAMÍREZ e HORMAZÁBAL MALAREE, para quem “o crime negligente requer a existência de uma relação subjectiva do sujeito com o facto perigoso, isto é, um determinado *conhecimento da acção que se desenrola e dos perigos que ela implica* [...]”⁵⁷⁸.

A esta concepção, a que a autora reconhece a vantagem de permitir identificar o conteúdo mínimo do tipo subjectivo *stricto sensu* de qualquer modalidade do comportamento negligente, podem, segundo afirma, apontar-se duas críticas. Em primeiro lugar a fórmula encontrada para identificar esse conteúdo mínimo – “conhecimento da acção e dos riscos que ela implica” – “pode colocar dificuldades na hora de o distinguir da componente subjectiva da negligência consciente – “a representação efectiva dos riscos previsíveis”⁵⁷⁹. Em segundo lugar considera a autora que “existe uma multiplicidade de casos em que não parece possível detectar a concorrência de factores de risco com carácter

⁵⁷⁶ HAVA GARCÍA (2002), 145-164.

⁵⁷⁷ HAVA GARCÍA (2002), 211-212.

⁵⁷⁸ HAVA GARCÍA (2002), 212, onde se acrescenta que “se bem que em ambas as formas de negligência concorrem certos elementos objectivos (um normativo intelectual – previsibilidade subjectiva – e outro normativo comportamental – evitabilidade subjectiva), na negligência consciente ao contrário do que ocorre na negligência inconsciente ‘o sujeito representa efectivamente os riscos ou perigos que eram previsíveis’ de modo que o ‘intelectualmente exigido pela ordem jurídica se faz consciente e há uma conjunção entre o elemento objectivo-normativo intelectual e o subjectivo’ [...]”.

⁵⁷⁹ HAVA GARCÍA (2002), 213.

prévio à infracção do cuidado exigível”⁵⁸⁰. É, por exemplo, no seu entendimento, o caso do médico que prescreve um medicamento ao qual o doente é alérgico. Segundo a autora o médico “começa a gerar um perigo, antes inexistente, para a vida ou saúde do doente no mesmo instante em que infringe o cuidado que lhe era exigível”; o mesmo pode dizer-se, acrescenta ainda num outro exemplo, “da empresária que não fornece aos seus trabalhadores os meios necessários para que estes desempenhem a sua actividade em condições de segurança adequadas”⁵⁸¹. Em ambos os casos, conclui, “é a inobservância do cuidado exigível que cria o risco não permitido”⁵⁸².

A partir desta última crítica inicia a autora a construção da sua própria tese, começando por evidenciar que em todos estes casos é possível afirmar a responsabilidade a título de negligência, porquanto, embora desconhecendo os factores de risco, o agente “conhecia a pauta de cuidado cuja observância lhe era exigível”⁵⁸³ (no caso do médico, sabia que deveria realizar análises antes de prescrever determinada medicação). Conclui, por isso, que “não são os factores de risco que o agente deve conhecer necessariamente, mas sim a concreta pauta de cuidado que infringiu com a sua conduta, pois é este conhecimento que, precisamente, o dota de capacidade para prever a possibilidade de que o resultado típico se produza se não se observa o cuidado exigível”⁵⁸⁴. Reconhece, porém, que há situações em que “o conhecimento prévio da pauta de cuidado exigirá, por sua vez, a apreensão daqueles factores de perigo que sejam preexistentes à realização da acção descuidada, uma vez que em tais casos a dita pauta dirigir-se-á ao controlo de tais riscos (por exemplo, normas sobre segurança rodoviária, actividades desenvolvidas numa central nuclear, etc.); diferentemente, bastará que o sujeito conheça as circunstâncias fácticas que obrigam a ser precavido naqueles casos em que a formulação da pauta de cuidado responda à necessidade

⁵⁸⁰ HAVA GARCÍA (2002), 214. Muito semelhante, pelo que não justifica referência separada no texto é o caso do industrial que, por se esquecer de mudar os filtros da chaminé, provoca emissões poluentes para a atmosfera.

⁵⁸¹ HAVA GARCÍA (2002), 213.

⁵⁸² *Ibidem*.

⁵⁸³ HAVA GARCÍA (2002), 214.

⁵⁸⁴ HAVA GARCÍA (2002), 215.

de evitar, precisamente, que se gerem riscos de uma actividade que em princípio pode desenvolver-se sem qualquer perigo (por exemplo, uma revisão médica, uma excursão campestre ou o uso para o banho de uma piscina pública) ”⁵⁸⁵.

Ainda a propósito do elemento subjectivo do tipo de ilícito negligente a autora tem especial cuidado em distinguir a *aprendizagem pessoal da pauta de cuidado*, que constitui o *pressuposto* subjectivo da negligência, da *co-consciência da pauta de cuidado* exigível, que constitui o *conteúdo mínimo* do tipo subjectivo negligente. Sobre a aprendizagem pessoal da pauta de cuidado a autora começa por recordar a premissa, de que parte, no sentido de que a norma penal não pode proibir o actuar de forma descuidada a quem não é capaz de reconhecer o valor do bem jurídico protegido ou a quem não sabe como comportar-se cuidadosamente, sendo, por isso, necessário determinar o grau de cuidado exigível na concreta situação atendendo às particularidades (conhecimentos e capacidades específicas) do autor da conduta⁵⁸⁶. A autora acentua, contudo, mais uma vez, que com a expressão aprendizagem da pauta de comportamento cuidadoso, refere-se apenas “o limite subjectivo mínimo a partir do qual é possível afirmar que o sujeito é capaz de realizar acções ou omissões descuidadas (...)” pelo que “esse requisito constitui, certamente, um pressuposto mas não um elemento do tipo subjectivo negligente, pois caso contrário bastaria para haver subsunção típica que se provasse que o sujeito em algum momento do seu passado tinha aprendido essas medidas de cuidado”⁵⁸⁷.

Conclui, então, que a existência de um tipo subjectivo *stricto sensu* do comportamento negligente implica ainda a identificação de uma componente de carácter psicológico no momento em que o agente actua, e que, no seu entendimento, consiste na *co-consciência da pauta de cuidado*. A partir daqui a autora expõe a ideia de *co-consciência*, tal como foi pensada para o dolo⁵⁸⁸,

⁵⁸⁵ *Ibidem*.

⁵⁸⁶ HAVA GARCÍA (2002), 216-219.

⁵⁸⁷ HAVA GARCÍA (2002), 219.

⁵⁸⁸ A autora (2002), 222-223, começa por citar, a este propósito, PLATZGUMMER, sobre a co-consciência dos elementos normativos do tipo, concluindo que o co-consciente

aplicando-a depois à negligência. Assim, para que um comportamento seja tipicamente negligente, será necessário constatar que a concreta medida de cuidado que o agente deveria ter observado naquela situação se encontrava na mente do sujeito, na forma de conhecimento disponível, de modo que ele o poderia ter actualizado – isto é, ter conhecido plena e efectivamente essa concreta medida de cuidado – sem necessidade de realizar para isso grandes esforços mentais, bastando uma mínima reflexão anterior à actuação⁵⁸⁹. Considera HAVA GARCÍA que a aplicação desta ideia central às hipóteses de negligência permite identificar alguns grupos de situações em que se deve negar o preenchimento do tipo de ilícito negligente, precisamente por falta do seu elemento subjectivo.

O primeiro grupo de situações desse tipo é o de quem não chegou a conhecer a dita pauta de cuidado, pelo que não pode adequar o seu comportamento ao que lhe é prescrito e, por isso, não se lhe pode exigir esse comportamento, pois, como afirma, “seria inadmissível bastarmo-nos nestes casos com a exigência de que o sujeito se devia ter informado”⁵⁹⁰. O segundo grupo de situações identificado pela autora tem que ver com os casos de comissão por omissão, em que, no seu entendimento, também parece inaceitável “afirmar a tipicidade do comportamento omissivo do sujeito com base na “mera constatação formal de um dever jurídico de actuar”⁵⁹¹. O terceiro grupo de casos relaciona-se com aquelas situações que a autora situa no que designa por “zona

consiste naquele “conteúdo da consciência a que não se atende de modo expresso, mas apenas de forma tácita, mas que se percebe necessária e automaticamente pelo autor da conduta; trata-se, portanto, de um conhecimento que não é apreendido de forma directa, mas que está indissoluvelmente unido e resulta imanente ao conhecimento directo de outras circunstâncias”.

⁵⁸⁹ Aqui a autora (2002), 244, afirma seguir tendencialmente a distinção de GOLDSCHMIDT entre conhecimento “actual” e “disponível” (244 nota 125), segundo a qual: “O ‘actual’ é o que se pensa efectivamente no momento da acção; o ‘disponível’ é o que se sabe em certo momento. O pensar e o saber compõem a consciência; ambos – mas não só ambos – motivam os nossos actos. O que é actual e o que é disponível só se pode determinar num dado momento: temporização da consciência. Mas o facto de que na consciência existe para além do actual o disponível deve-se à sua especialização”.

⁵⁹⁰ HAVA GARCÍA (2002), 226.

⁵⁹¹ *Ibidem*.

intermédia”⁵⁹², quer dizer, acções que não sendo plenamente conscientes constituem algo mais do que meros movimentos reflexos⁵⁹³. Para a autora trata-se, nestas hipóteses, de *acções jurídico-penalmente relevantes*, mas não típicas, por falta do elemento subjectivo do tipo. A autora dá um exemplo: “quem reage à dor provocada pelo facto de ser agarrado com força nos genitais, virando-se rapidamente e dando um golpe no agressor, realiza uma acção em sentido jurídico-penal, mas a sua conduta não poderá qualificar-se como típica [...], porque a rapidez com que se produz esse acto em curto-circuito permite afastar um nível mínimo de consciência quanto à pauta de cuidado exigível (que aqui seria evitar produzir golpes perigosos)”⁵⁹⁴. Afasta-se, assim, a responsabilidade do autor por falta do tipo subjectivo, sem necessidade de recorrer ao momento da culpa, como faz, segundo a autora, que cita a este propósito MAURACH e ZIPF, a maioria da doutrina⁵⁹⁵. O quarto e último grupo de situações é o das chamadas *acções livres na causa*. Segundo HAVA GARCÍA a exigência de co-consciência da pauta de cuidado no momento da actuação pode ajudar a limitar um excessivo âmbito de aplicação deste conceito, especialmente quanto se trata de configurar a partir dele “os casos de culpa pela condução da vida ou aqueles em que o sujeito, plenamente imputável, carece de ‘capacidade individual de rendimento no momento em que actua’”⁵⁹⁶. A este propósito cita ROXIN na crítica à teoria da acção livre na causa quando, para fundamentar a negligência, se recorra a uma culpa na condução da vida por vezes muito distante do momento da acção. Refere o exemplo do cirurgião que fracassa na operação porque na Faculdade não

⁵⁹² HAVA GARCÍA (2002), 226-227, nota 93, onde a autora explica, citando SILVA SANCHEZ, que se pretende referir aos chamados actos em curto-circuito, movimentos instintivos, reacções primitivas, reacções explosivas, reacções espontâneas, condutas passionais, movimentos automáticos, etc.

⁵⁹³ Neste ponto a autora esclarece (*cit.*, 227, nota 94), acompanhando novamente SILVA SANCHEZ, que entende por actos reflexos todos aqueles processos “em que o sistema nervoso central não participa na génese do movimento correspondente”, o que significa, por um lado, que se trata de “movimentos primários, nos quais está ausente a mínima elaboração e, por outro lado, que neles não intervem de nenhum modo o que psiquiatricamente se conhece por afectividade da pessoa, pelo que seriam independentes da maior ou menor agressividade desta, do seu grau de equilíbrio, etc.”.

⁵⁹⁴ HAVA GARCÍA (2002), 227-228.

⁵⁹⁵ HAVA GARCÍA (2002), 228, nota 98.

⁵⁹⁶ HAVA GARCÍA (2002), 230.

se dedicou suficientemente ao estudo, ou o do condutor que não conhecia a regra de condução porque não estudou bem o código da estrada. Porém, como afirma, na opinião de ROXIN, estas críticas podem ser ultrapassadas não recorrendo nunca a um momento anterior ao da acção perigosa, mas “atendendo só ao facto de saber se o cirurgião ao dispor-se à operação ou o condutor ao empreender a viagem podiam prever que não seriam capazes de fazer frente à actividade que empreendiam ou assumiam”⁵⁹⁷. A partir daqui conclui, então, que “esta ‘possibilidade de prever’ equivale a exigir como mínimo que o sujeito seja co-consciente das suas concretas limitações no momento em que empreende a conduta em questão, uma vez que só dessa forma se poderá entender que infringe a pauta de cuidado que lhe era exigível nesse instante: omitir comportamentos que por escapar ao seu controlo podem ter consequências lesivas”⁵⁹⁸. Dessa forma, conclui, “a ausência desta componente subjectiva, permite afastar a existência de uma acção livre na causa e, assim, a própria tipicidade do facto e não apenas a culpa do autor”⁵⁹⁹.

A outro nível, da exigência, também para a negligência inconsciente, de um elemento subjectivo (a co-consciência da pauta de cuidado exigível) deduz a autora que a diferença entre as duas formas de negligência (consciente e inconsciente) resulta não da existência/inexistência de um elemento cognitivo positivo, que está presente nas duas, “mas do distinto conteúdo do conhecimento

⁵⁹⁷ HAVA GARCÍA (2002), 230.

⁵⁹⁸ HAVA GARCÍA (2002), 231.

⁵⁹⁹ HAVA GARCÍA (2002), 231. Mais à frente (233) a autora refere ainda um outro exemplo, apresentado por SANCINETTI; trata-se do caso de alguém que coloca água ao lume a aquecer e depois vai para o escritório e, absorvido pelo trabalho, *se esquece* que deixou a água a aquecer e, quando volta, já não vai a tempo de evitar o fogo. Diz a autora, a propósito deste exemplo, que “o direito penal não pode obrigar, sem mais, a ‘antecipar’ qualquer tipo de perigo ou a ‘recordar’ toda a informação alguma vez apreendida, mas apenas a ser cuidadoso perante perigos mais ou menos perceptíveis ou a tomar maiores precauções quando se está consciente da impossibilidade de controlar satisfatoriamente esses perigos. Por isso, assinala SANCINETTI, o ‘esquecido’ como tal não pode fundamentar por si só a tipicidade da conduta, a não ser que o autor tenha tendência para o esquecimento e conheça essa tendência para se esquecer da água ao lume; o que equivale a requerer novamente que o sujeito esteja no mínimo co-consciente do seu carácter despistado e, com isso, do cuidado que nessas circunstâncias lhe era exigível observar (não abandonar a cozinha sem antes retirar a água do lume)”.

do autor que se verifica em cada uma delas”⁶⁰⁰. Dito isto, procura então de seguida traçar a linha de fronteira entre a negligência consciente e inconsciente, tarefa que leva a cabo procurando concretizar o grau de conhecimento exigível dos elementos objectivos típicos – a possibilidade de produção do resultado e infracção do cuidado exigível – naquelas duas formas de negligência, acabando por concluir que o que é realmente importante para este efeito não é o grau de conhecimento em relação à produção do resultado típico⁶⁰¹ mas *o grau de conhecimento em relação à infracção típica do cuidado exigível*⁶⁰². Nessa sequência, conclui que se nos casos de *negligência consciente* “o agente está consciente de que está a actuar com falta de cuidado”, o que significa que sabe que com o seu comportamento está a infringir a pauta de comportamento cuidadoso que lhe era exigível observar nesse momento”⁶⁰³, já nos casos de *negligência inconsciente* “o agente não sabe que infringe o cuidado que lhe é

⁶⁰⁰ HAVA GARCÍA (2002), 234. Segundo afirma “o limite subjectivo máximo do comportamento negligente, tangente com o dolo eventual, corresponde a uma determinada forma de negligência consciente, na qual o agente conhece todos os elementos típicos externos que configuram objectivamente o comportamento negligente: a infracção típica da pauta de cuidado que devia observar e a possibilidade de dessa infracção derivar a produção de um resultado típico não querido; diferentemente, *o limite subjectivo inferior do ilícito negligente*, que o distingue dos casos juridico-penalmente irrelevantes, será marcado por aqueles casos de negligência inconsciente em que só se constate a presença do conteúdo mínimo do elemento cognitivo: a co-consciência da pauta de cuidado exigível”.

⁶⁰¹ HAVA GARCÍA (2002), 235-240, cita, a este propósito, as posições daqueles – como é o caso, por exemplo, de METZGER – que distinguem as duas formas de negligência a partir do grau de conhecimento da produção do resultado típico. Segundo este critério haverá negligência inconsciente se o agente não representou a possibilidade do resultado e consciente se o agente considerou como possível a verificação do resultado mas confiou na sua não verificação. Evidencia, depois, que este critério tem sido criticado por não estabelecer *que grau de possibilidade* de produção do resultado tem de conhecer o agente para qualificar a sua conduta como de negligência inconsciente, acrescentando que esta pergunta não pode ser satisfatoriamente respondida afirmando que é suficiente para afirmar a negligência consciente que o agente tenha representado *uma possibilidade mínima* de que o resultado se produzisse, uma vez que, na sua opinião, tal conclusão equivaleria, na prática, a negar a possibilidade de verificação de uma situação de negligência inconsciente naquelas hipóteses em que estamos perante a realização de actividades, *ab initio*, perigosas (ex. conduzir), uma vez que o seu mero empreendimento implica sempre um certo grau de conhecimento dos riscos que lhe estão associados, independentemente da observância do cuidado exigível.

⁶⁰² HAVA GARCÍA (2002), 240-243.

⁶⁰³ HAVA GARCÍA (2002), 240.

exigível, seja porque ignora a ocorrência de determinadas circunstâncias fácticas que indicavam a necessidade de observar um comportamento cuidadoso, seja porque avalia erroneamente essas circunstâncias, acreditando que com as medidas de precaução que aplica está a actuar prudentemente”⁶⁰⁴. Na sua opinião, “substituir o critério da previsão do resultado típico pelo da consciência actual da violação da pauta de cuidado não altera substancialmente os resultados a que se chega nos casos normais de negligência consciente, mas permite estabelecer uma fronteira mais nítida entre o âmbito próprio desta modalidade e os casos da negligência inconsciente”⁶⁰⁵.

Seguidamente, a autora centra-se no que designa por “peculiaridades da negligência inconsciente”⁶⁰⁶. A este propósito depois de, numa espécie de resumo do anteriormente exposto, apontar como características essenciais do tipo subjectivo da negligência inconsciente⁶⁰⁷ (a) a *co-consciência da pauta de cuidado*; (b) a *infracção inconsciente do cuidado exigível* e (c) a *ausência de previsão efectiva do resultado típico*, centra-se na identificação e na distinção de duas classes de negligência inconsciente: a *ignorância* e o *erro*⁶⁰⁸.

Os casos de ignorância constituem, na sua opinião, os mais extremos de negligência inconsciente e caracterizam-se por neles “o agente realizar o facto ignorando por completo a concorrência dos elementos objectivos essenciais do tipo negligente, a infracção do cuidado exigível e a produção do resultado típico como consequência da dita infracção. Nestes casos a co-consciência da pauta de comportamento cuidadoso não é, em absoluto, actualizada por parte do agente devido a uma distração, esquecimento ou despiste”⁶⁰⁹. Nestes casos verifica-se o que a autora designa por um “vazio de memória” no momento da realização do facto típico (ausência de conhecimento actual e ausência de erro)⁶¹⁰. Acrescenta,

⁶⁰⁴ HAVA GARCÍA (2002), 240-241.

⁶⁰⁵ HAVA GARCÍA (2002), 241.

⁶⁰⁶ HAVA GARCÍA (2002), 243.

⁶⁰⁷ HAVA GARCÍA (2002), 243-247.

⁶⁰⁸ HAVA GARCÍA (2002), 247-254.

⁶⁰⁹ HAVA GARCÍA (2002), 248.

⁶¹⁰ *Ibidem*.

contudo, que a tipicidade desta classe de comportamentos não resulta da mera infracção de um genérico e indefinido dever de “recordar” ou de “prestar atenção”, exigível em qualquer caso a todos os cidadãos, uma vez que, na sua opinião, a norma penal prescreve algo de mais funcional: “a obrigação de actuar cuidadosamente perante o que se conhece, o que implica “tomar precauções para evitar esse ‘vazio de memória’ quando se sabe que este se pode produzir [...]”⁶¹¹. Assim, escreve, “só quando o agente conhece a possibilidade de, chegado o momento, não ser capaz de aplicar o cuidado necessário, adquirirá relevância a distracção ou o esquecimento que provocou esse vazio de memória”⁶¹². Com um exemplo, que vai buscar a BOCKELMANN, “quem sabe que a idade, a doença ou a falta de visão lhe provoca uma importante perda de capacidade de reacção normalmente será co-consciente desse facto quando, apesar disso, empreende a condução de um veículo e provoca uma colisão mortal por distracção; mas se a dita distracção e o resultado foram causados por uma *imperceptível* e anormal perda de faculdades da qual o sujeito não estava consciente, haverá tão só um caso fortuito”⁶¹³. Sustentar o contrário – ou seja, que em ambos os casos o comportamento é tipicamente negligente – conclui, “equivaleria na prática a sustentar que a norma penal exige a todos os seus destinatários algo que eles, por definição, não podem cumprir: que sejam infalíveis”⁶¹⁴.

Os casos de erro, por sua vez, caracterizam-se por neles o agente possuir “um certo conhecimento, positivo mas defeituoso, de algumas das circunstâncias fácticas que tornam necessária, no momento de actuar, a observância da pauta de cuidado exigível, sendo precisamente esse conhecimento incompleto que o leva a crer que a sua actuação naquele momento é cuidadosa; assim, o erro próprio desta modalidade de negligência inconsciente (...) possui uma natureza mais claramente normativa: a infracção da concreta pauta de cuidado que deveria

⁶¹¹ *Ibidem.*

⁶¹² HAVA GARCÍA (2002), 249.

⁶¹³ *Ibidem.*

⁶¹⁴ *Ibidem.*

observar naquele instante”⁶¹⁵. Fora destas hipóteses ficam, segundo a autora, aquelas situações em que “o agente sabe que não aplica o cuidado que lhe é exigível, mas valora erroneamente as consequências da sua acção descuidada (negligência consciente)”⁶¹⁶. Tal seria, no seu exemplo, o caso do médico que apesar de conhecer os graves efeitos secundários de determinado medicamento em paciente alérgicos, confia na escassa incidência estatística da doença para afastar esse resultado, que acaba, contudo, por acontecer. Neste caso, segundo afirma, o médico actualizou a pauta de cuidado e tem plena consciência da sua violação, mas acredita na não verificação do resultado típico. Diferentemente, se o agente conhece potencialmente a pauta de cuidado, mas a actualiza na sua mente de forma equivocada, nem sequer se colocará a possibilidade de um resultado lesivo, porquanto actuou na convicção de que estava a actuar cuidadosamente⁶¹⁷. Mais uma vez com o seu exemplo: um médico interno sabe que a prescrição de um medicamento pode ser perigosa para determinados pacientes e, não obstante, receita esse medicamento sem consultar o seu tutor, porque crê erroneamente que a realização de uma análise básica é suficiente para afastar completamente esse risco; neste caso o agente está co-consciente da pauta de cuidado que deve observar (perguntar ao tutor), mas uma avaliação errada das circunstâncias do caso concreto impedem-no de actualizar correctamente essa pauta. Assim, na opinião da autora, “diferentemente do que acontecia no exemplo anterior, ele *não sabe* que com o seu comportamento está a infringir a pauta de cuidado que lhe era exigível (embora *pudesse tê-lo sabido* se tivesse perguntado ao tutor), de forma que não prevê em absoluto a possibilidade de que se produza um resultado típico, como consequência de uma conduta que ele crê cuidadosa”⁶¹⁸. A análise dos exemplos anteriores evidencia, ainda segundo a

⁶¹⁵ HAVA GARCÍA (2002), 251.

⁶¹⁶ HAVA GARCÍA (2002), 252.

⁶¹⁷ HAVA GARCÍA (2002), 252.

⁶¹⁸ HAVA GARCÍA (2002), 252.

autora, que o que caracteriza esta modalidade de negligência inconsciente é a concorrência no agente de um “erro sobre o carácter proibido da sua conduta”⁶¹⁹.

Sobre a gravidade relativa da negligência inconsciente, por comparação com a negligência consciente, HAVA GARCÍA começa por evidenciar que a doutrina e a jurisprudência dominantes ponderam a gravidade relativa da negligência em função da “magnitude do dever de cuidado que é infringido pelo agente”⁶²⁰. A este propósito considera que “dos diferentes factores que são tidos em conta para a valoração da infracção de cuidado (natureza da diligência devida, importância do bem jurídico, características do infractor, etc.) é especialmente importante o grau de *previsibilidade individual* do resultado, pelo que a gravidade da infracção de cuidado (e, portanto, da negligência) aumenta na proporção do grau de possibilidade de prever o resultado por parte do agente. Acrescenta, pois, que “em definitivo é um elemento objectivo do tipo de ilícito negligente, a infracção do cuidado exigível em relação com a maior ou menor previsibilidade do resultado típico, que determina, em última instância, se a negligência em questão há-de considerar-se grave ou leve”⁶²¹. Termina, por isso, concluindo que “a distinção entre negligência consciente e inconsciente é completamente irrelevante para efeitos de ilicitude, uma vez que o conteúdo do ilícito, e com isso a sua gravidade relativa, se deduz exclusivamente a partir da concorrência dos elementos, comuns a ambas as modalidades, que caracterizam o tipo objectivo negligente: o resultado típico e, sobretudo, a infracção do cuidado exigível. O dado que permite distinguir estas duas formas de negligência não pode indicar, em definitivo, um maior desvalor do comportamento, mas talvez um diferente grau de culpa do seu autor”⁶²².

⁶¹⁹ HAVA GARCÍA (2002), 253, onde acrescenta ainda que a afirmação não constitui novidade, pois já se chegou a sustentar que o crime negligente constitui por excelência o campo de aplicação do erro sobre a proibição e que a negligência consciente e inconsciente são expressões equiparáveis, respectivamente, a “consciência da ilicitude” e “erro evitável” nos crimes dolosos” (cita ARMIN KAUFMANN). Nos casos de erro só haverá negligência inconsciente se o erro for evitável.

⁶²⁰ HAVA GARCÍA (2002), 254.

⁶²¹ HAVA GARCÍA (2002), 254-255.

⁶²² HAVA GARCÍA (2002), 264.

A contribuição original de HAVA GARCÍA está na análise que faz dos pressupostos e elementos do tipo subjectivo da negligência inconsciente. A autora começa por criticar a tese de que na negligência inconsciente há uma consciência prévia de factores de risco. Dá como exemplo o caso do médico que prescreve o medicamento ao qual o doente é alérgico e observa que o perigo é gerado no mesmo instante da prescrição negligente⁶²³. Neste caso, porém, o perigo está em prescrever sem averiguar antes se o doente é alérgico a esse medicamento e esta prescrição pressupõe a consciência, que é prévia à violação do dever de cuidado, do factor de perigo que é a própria prescrição sem exame prévio. Paralelamente, há que observar que, no segundo exemplo que HAVA GARCÍA dá, da empresária que não faculta aos seus trabalhadores todas as condições de segurança, há consciência prévia do factor de perigo, que é a própria falta de condições de segurança para iniciar o trabalho. Além disso, a exigência que faz a seguir, de exigir como pressuposto do tipo subjectivo da negligência inconsciente o conhecimento prévio da pauta de cuidado exigível (e, como conteúdo mínimo desse tipo subjectivo, a co-consciência da pauta de cuidado a aplicar) é claramente insuficiente se o agente não puder deduzir da situação que é aplicável tal pauta. Com efeito, a própria autora reconhece que bastará que o sujeito conheça as circunstâncias fácticas que obrigam a ser precavido naqueles casos em que a formulação da pauta de cuidado responda à necessidade de evitar, precisamente, que se gerem riscos de uma actividade que em princípio pode desenvolver-se sem qualquer perigo (nos seus exemplos, uma revisão médica, uma excursão campestre ou o uso para o banho de uma piscina pública). Porém, contra a opinião da autora, entendemos que o que ali defende valer para estes últimos casos deve ser generalizado aos anteriores. Com efeito, para poder identificar a concreta pauta de cuidado que deve pôr a actuar o agente

⁶²³ Como vimos, a autora explicita mais à frente que só considera como sendo de possível negligência *inconsciente* aquelas situações em que um médico (interno) sabe que a prescrição de um medicamento pode ser perigosa para determinados pacientes e, não obstante, receita esse medicamento sem consultar o seu tutor, porque crê erroneamente que a realização de uma análise básica é suficiente para afastar completamente esse risco.

tem *sempre* de *previamente* conhecer os pressupostos fácticos que convocam essa pauta de cuidado.

Outra forma de apreciar a tese central da autora sobre a distinção entre o pressuposto subjectivo da negligência inconsciente, que será a aprendizagem pessoal da pauta de cuidado, e o conteúdo mínimo do tipo subjectivo da negligência inconsciente, que será a co-consciência daquela pauta de cuidado, será verificar se se podem subscrever todas as conclusões que tira dessa tese nos quatro grupos de situações em que, no seu entendimento, se deve negar o preenchimento do tipo subjectivo da negligência inconsciente. No que se refere ao primeiro grupo de situações, em que o agente não chegou sequer a conhecer a pauta de cuidado, pensamos, tal como a autora, que não se pode fundamentar a negligência no simples facto de o agente não se ter informado. Porém, diferentemente do seu entendimento, consideramos que a negligência não se fundamenta a partir da co-consciência da pauta de cuidado, mas, como demonstraremos mais à frente, na existência de uma consciência efectiva de sinais objectivos de perigo. Quanto ao segundo grupo de casos identificados por HAVA GARCÍA (situações de comissão por omissão), em que a autora considera não bastar a mera existência do dever jurídico de actuar para afirmar a negligência, pensamos, também, que tal é efectivamente suficiente. Com efeito, é, decerto, ainda necessária a violação do dever *de cuidado*, para o que alertará, contudo, a consciência do sinal objectivo de perigo e não tanto a co-consciência da pauta de cuidado. Por outro lado, no que se refere ao caso das acções não conscientes ou automáticas, como sejam, no seu exemplo, a reacção de defesa de quem se sente agarrado com força nos genitais, conclui a autora que falta nestes casos a tipicidade por falta do tipo subjectivo do tipo. Do nosso ponto de vista, porém, é em princípio a própria existência de uma acção, enquanto unidade de elementos objectivos e subjectivos, que falta nestes casos. Finalmente, o quarto grupo de situações referido por HAVA GARCÍA é o de falta de capacidade individual de rendimento no momento de actuar. Nestes casos, a autora só admite negligência se houver co-consciência das limitações do agente no momento em que empreende a conduta, como acontecerá nos já referidos casos do cirurgião

que falha a operação porque na faculdade não estudou o suficiente ou do condutor que não conhecia as regras de condução porque não estudou suficientemente o código da estrada. Como já dissemos, consideramos que a solução é correcta, mas antes por haver consciência do sinal objectivo de perigo. O perigo aqui resulta evidentemente das limitações do agente. Não há verdadeira co-consciência da pauta de cuidado que, em rigor, implicaria o conhecimento das regras que o agente desconhece, mas, quando muito, co-consciência de que o que sabe pode não chegar.

Por outro lado, também a distinção que a autora faz entre negligência inconsciente por ignorância e por erro vai contra o conceito de erro que a doutrina penal usa neste contexto, como é particularmente evidente em JAKOBS, que considera todos os casos de negligência como casos de erro. Erro, para este efeito, significa ignorância da realização do facto típico. Paralelamente, os casos de ignorância do cuidado devido são propriamente chamados de erro acerca do mesmo cuidado. Assim, na hipótese de BOCKLEMANN referida pela autora, da ignorância da falta de capacidade de reacção por parte do condutor idoso, há erro acerca das exigências da pauta de cuidado (a autora fala aqui em falta de co-consciência da pauta de cuidado) e, antes disso, há erro acerca do sinal objectivo de perigo que será a falta de capacidade de reacção. Mas, quanto à solução nada há a objectar a BOCKLEMANN ou à autora, quando dizem que não há negligência inconsciente se se tratava de uma “imperceptível e anormal perda de faculdades, da qual o sujeito não estava consciente”⁶²⁴.

Por outro lado ainda, o exemplo atrás referido de negligência inconsciente por erro revela bem a inconveniência do seu central conceito de “co-consciência”. Trata-se da hipótese de um médico interno que receita um medicamento que pode ser perigoso para determinados doentes, sem consultar o tutor, porque crê erroneamente que a realização de uma análise básica é suficiente para afastar esse risco. Diz a autora que neste caso o médico não sabe que com o seu comportamento está infringir a pauta de cuidado que lhe era

⁶²⁴ HAVA GARCÍA (2002), 249.

exigida. Mas, então, é contraditório dizer que “o agente está co-consciente” da pauta de cuidado que deve observar (perguntar ao tutor), e, simultaneamente, que uma avaliação errada das circunstâncias do caso concreto o impedem de actualizar correctamente essa pauta. Se o agente está em erro não tem co-consciência da pauta *que deve observar*, pelo que a co-consciência da pauta em abstracto é de todo irrelevante. Trata-se, aqui, de uma hipótese de falta de representação da realização do facto típico por erro, havendo negligência se o erro fosse evitável. E, sê-lo-ia se, de acordo com o critério que defenderemos, os sinais objectivos de que o agente teve consciência lhe dessem a possibilidade de representar a situação de perigo. Por exemplo, se ele pensou que para aquele medicamento bastaria uma análise geral por ser um medicamento que, sendo embora diferente, continha uma substância igualmente existente em outros medicamentos em relação aos quais, de acordo com as *leges artis*, basta uma análise geral para eliminar completamente esse risco e resolveu, sem consultar o seu tutor, fazer o raciocínio analógico.

Finalmente, também não é de aceitar a conclusão da autora de que a distinção entre a negligência consciente e a negligência inconsciente é irrelevante para efeitos de ilicitude. Na verdade, entendemos que não há razão para considerar que a gravidade do ilícito negligente se afere exclusivamente em função dos elementos objectivos do tipo de ilícito. O tipo subjectivo da negligência – e a autora pretende precisamente apurá-lo quanto à negligência inconsciente – não pode deixar de relevar, em primeiro lugar, para o desvalor do ilícito e, só em segundo lugar e consequencialmente, relevará também para o desvalor da culpa.

Capítulo II

A doutrina anglo-americana

1. A *negligence* na *common law*

Nos países de matriz anglo-americana as referências às possíveis formas que pode assumir o elemento subjectivo do crime⁶²⁵ variam significativamente quer em termos de terminologia quer em termos do conteúdo que é atribuído a cada um dos termos utilizados⁶²⁶. Considerando, porém, a terminologia mais utilizada no direito inglês e, em geral, nos países da *common law*, o elemento subjectivo do crime (*mens rea*) pode assumir uma de quatro formas básicas: a *intention*, a *knowledge*, a *recklessness*, e a *negligence*, que, nesta terminologia, corresponderá à nossa figura da negligência inconsciente⁶²⁷. A este último propósito cabe, porém, notar que a doutrina inglesa também conhece um conceito lato de *negligence*, que abrange os casos de *advertent negligence* (que corresponderá à nossa negligência consciente) e os de *inadvertent negligence* (que corresponderia à nossa negligência inconsciente). Contudo, uma vez que para os primeiros existe uma designação especial (*recklessness*), os próprios autores que usam a terminologia *advertent* e *inadvertent negligence* recomendam que se restrinja o uso da palavra *negligence* às situações de *inadvertent negligence*⁶²⁸.

A doutrina anglo-americana tem também discutido se tem verdadeiramente sentido falar da *negligence* como uma forma de *mens rea*. Assim, CROSS e

⁶²⁵ Tradicionalmente os autores anglo-americanos estruturam a análise do crime a partir da distinção entre *actus reus*, que consiste na realização da conduta proibida e *mens rea*, que constitui o elemento mental do agente na relação com a conduta proibida. Mais recentemente alguma doutrina faz esta mesma distinção, referindo-se antes ao elemento da conduta e elemento da *fault*: ASHWORTH (2006), 95-97.

⁶²⁶ Nesse sentido, designadamente, ASHWORTH (2006), 157, que, consequentemente, alerta para o risco de que “qualquer generalização na base de um conjunto reduzido de formas de *fault* poder conduzir a conclusões menos correctas”.

⁶²⁷ Assim, nomeadamente, ASHWORTH (2006), 157.

⁶²⁸ Assim, designadamente, WILLIAMS (1961), 100; WILLIAMS (1978), 45.

JONES consideram que a questão de saber se, nesses casos, pode falar-se em *mens rea* se reduz à questão verbal de saber se a fraqueza ou defeitos nas faculdades volitivas se podem descrever tal como uma *mens rea*⁶²⁹. Já GLANVILLE WILLIAMS, embora reconheça que alguma jurisprudência⁶³⁰ a tratou como uma forma de *mens rea*, invocou três argumentos contra este ponto de vista: “(1) a *negligence* não é por definição um estado da mente, excepto pela característica negativa de ausência de intenção, e excepto na medida em que pode envolver a violação intencional ou conscientemente negligente (*reckless*) de regras subsidiárias de razoabilidade, que devem ser consideradas pelos jurados (*jury rules*). Há objecção linguística a considerar como *mens* algo que não é um estado mental. (2) *Mens rea* é requisito geral do crime na *common law*, mas *negligence* não é normalmente suficiente. Por outras palavras, *negligence* não é o género de *mens rea* que caracteriza normalmente os crimes. Isto é assim porque a razão para punir uma falta de pensamento não é tão forte como a razão para punir quando há previsão. (3) Se a *negligence* fosse admitida como uma forma de *mens rea* a consequência poderia ser a de os juízes aumentarem o número de crimes que poderiam ser cometidos dessa forma. Este seria um resultado indesejável do ponto de vista da ‘jurisprudência dos conceitos’, uma vez que os crimes de *negligence* não devem ser criados a não ser após uma total consideração de todas as questões de política criminal e de justiça envolvidas”⁶³¹.

O segundo e terceiro argumento de GLANVILLE WILLIAMS pressupõem que a admissão da *negligence* como uma forma de *mens rea* implica a punibilidade da *negligence* em relação a todos os crimes. Mas não tem de ser assim. Com efeito, é perfeitamente possível restringir a *negligence* a casos particulares especificados na lei, por razões de política legislativa que nada têm que ver com a estrutura psicológica da própria figura da *negligence*. Já o primeiro argumento é válido, mas só no sentido de que falta à *negligence* um elemento subjectivo correspondente à representação do *actus reus*. Não quer isto dizer que, nestes

⁶²⁹ CROSS, JONES (1968), 46.

⁶³⁰ WILLIAMS (1961), 102 cita três decisões, duas de 1889 e uma de 1892.

⁶³¹ WILLIAMS (1961), 103.

casos, falte de todo o elemento subjectivo, como o próprio WILLIAMS reconhece quanto à violação, intencional ou conscientemente negligente, das *jury rules*, que equivalem às regras de cuidado exigidas no tráfego da dogmática de inspiração germânica⁶³². A doutrina hoje dominante parece, efectivamente, inclinar-se para considerar que a *negligence* não é uma forma de *mens rea*, no sentido restrito em que esta implica a previsão do resultado e/ou o conhecimento do facto⁶³³, mas que deve ainda assim ser estudada a par desta como uma outra forma de elemento subjectivo⁶³⁴. Mas, sendo assim, cabe perguntar – e alguma doutrina tem efectivamente perguntado: se a *negligence* não é uma forma de *mens rea* como justificar a sua punição? Em resposta a esta pergunta vários autores têm mesmo pugnado pela eliminação da *negligence* como forma de crime, defendendo que seja sancionada apenas civilmente ou por sanções de outra natureza que não tenham o estigma do direito penal. O argumento apresentado é geralmente o de que na falta de elemento subjectivo a punibilidade ofenderia o princípio da culpa⁶³⁵.

2. A doutrina da *negligence* de HART

Esta última proposta de eliminação da *negligence*, *de jure condendo*, foi desenvolvidamente criticada por H.L.A. HART. Este autor começa por notar que é preciso respeitar as diferenças de significado entre expressões, tal como “inadvertidamente” e “não lhe passou então pela cabeça” por um lado e, por

⁶³² O elemento subjectivo da *negligence* vai bem mais além do referido por WILLIAMS pois abrange a cognoscibilidade da realização do facto típico que depende por sua vez, como veremos, da consciência do sinal objectivo de perigo.

⁶³³ SMITH, HOGAN, ORMEROD (2005), 130-131. SIMESTER, SULLIVAN (2004), 149. Anteriormente, no mesmo sentido, é representativo o Model Penal Code § 2.02 (2) (d) (1985).

⁶³⁴ Já HART veio, ao invés, propor a extensão do próprio conceito de *mens rea* (HART (1961), 140).

⁶³⁵ Assim, entre outros, TURNER (1945), 195; HALL (1960), 133 e ss.; WILLIAMS (1961), 122-123, que se empenha em demonstrar que a punição da *negligence* não se justifica não apenas à luz de uma teoria retributiva da pena, mas igualmente à luz de uma teoria preventiva, que prefere. Por último, no mesmo sentido, ALEXANDER, FERZAN (2009), 69-85.

outro lado, “negligentemente”. Nas suas próprias palavras: “em inglês corrente, e também em inglês jurídico, quando o dano resultou de *negligence* de alguém, se dissermos dessa pessoa que agiu negligentemente não estamos, ao fazê-lo, a descrever *apenas* o estado de espírito em que actuou. ‘Ele partiu negligentemente um pires’ não é a mesma *espécie* de expressão que ‘ele partiu inadvertidamente um pires’. O que é específico do advérbio ‘inadvertidamente’ é apenas informar-nos do estado psicológico do agente, enquanto se dissermos ‘ele partiu negligentemente’ nós não estamos apenas a acrescentar a isso um elemento de censura ou de reprovação, mas algo bem específico; ou seja, nós estamos a referir o facto de que o agente omitiu observar um *standard* de conduta que qualquer pessoa comum poderia e teria observado. Um *standard* que lhe requeria tomar precauções contra o dano. A palavra ‘negligentemente’, quer em contextos jurídicos quer em contextos não jurídicos, faz uma referência essencial a uma omissão de fazer o que seria requerido; não é apenas uma expressão psicológica inteiramente descritiva tal como ‘não lhe passou pela cabeça’”⁶³⁶.

Esta primeira observação de HART representa uma crítica e, com ela, uma superação com base na filosofia da linguagem – de que HART foi um expoente da escola de Oxford – de uma forma de analisar substantivamente o crime em duas partes de natureza puramente descritiva: o *actus reus* ou parte objectiva e a *mens rea* ou parte subjectiva, à maneira do positivismo da escola clássica de VON LISZT. HART observa correctamente que com a *negligence* se menciona um elemento normativo e não puramente descritivo. Já a caracterização que a seguir faz desse elemento normativo como omissão é equívoca. Em certo sentido toda a violação de uma norma é omissão da observância do *standard* de conduta imposto por essa norma, consista ela em acção ou omissão. Mas estaria errado considerar que a norma que proíbe causar um dano por negligência não é violada por acção e que essa violação se reduz à simples omissão de certos actos de cuidado comandados.

⁶³⁶ HART (1961) 147-148.

HART acrescenta ainda que à diferença de significados entre “inadvertidamente” e “*negligence*” está ligada uma diferença nas razões que são relevantes para a punibilidade desta última. O autor dá aqui o exemplo, que considera familiar sem mais referências, já discutido por ENGISCH, do telhador que lança materiais de construção para a rua sem se assegurar que ninguém está a passar. Não é o facto psíquico de “não lhe ter passado pela cabeça” que deve fundamentar a punibilidade ou a não punibilidade, mas é o facto de não se ter assegurado da inexistência de perigo, quando podia e devia tê-lo previsto e evitado, que é decisivo. Ao basearem os seus argumentos na factualidade errada, os críticos da punibilidade da *negligence* deixam intocáveis as verdadeiras razões que, em casos como o descrito, que HART qualifica como sendo de negligência grosseira, justificam a punibilidade da negligência inconsciente.

Ainda segundo HART, a doutrina que critica a punibilidade da *negligence* por falta de previsão do resultado danoso, como elemento subjectivo, derivaria da “crença de que a posse do conhecimento das consequências é uma condição suficiente e necessária da capacidade de auto-controlo, de tal modo que se o agente conhece as consequências da sua acção nós estamos vinculados a concluir que ‘ele poderia tê-lo evitado’; e por paridade de razão se ele não conhece as consequências da sua acção mesmo que tenha omitido examinar ou pensar sobre a situação antes de agir, estamos obrigados a dizer que ele não poderia ter evitado esse resultado”⁶³⁷. Segundo HART, tal crença é incompatível com o que um grande número de cientistas e de juristas e pessoas comuns hoje acreditam sobre a capacidade de auto-controlo dos seres humanos. Escreve: “não há nada que nos force a dizer ‘ele não poderia tê-lo evitado’ em *todos* os casos onde uma pessoa omite pensar sobre ou examinar a situação em que actua e da qual resulta um dano que ela não previu”. Em consequência, HART entende que é preciso encontrar critérios de distinção entre os casos em que se diz de uma pessoa que não poderia ter evitado algo e os outros casos em que se diz o contrário. Tais critérios relacionam-se com os factos dados como provados. Como afirma: “a

⁶³⁷ HART (1961), 150.

espécie de prova em que temos de nos basear para distinguir aquelas omissões de prestar atenção, ou examinar, ou pensar sobre a situação e avaliar os seus riscos antes de agir, que tratamos como culposas, daquelas omissões ‘por exemplo por parte de crianças ou de pessoas mentalmente deficientes’ pelas quais não consideramos o agente responsável, não é diferente da prova que temos de utilizar quando dizemos de alguém que omitiu fazer algo que ‘não poderia tê-lo feito’ ou ‘poderia tê-lo feito’. A prova em tais casos é relativa às capacidades gerais do agente. É retirada não só dos factos do caso concreto, mas de muitas fontes, tais como o seu comportamento prévio, o conhecido efeito sobre ele da instrução ou da punição, etc.”⁶³⁸. HART está aqui a contrapor os casos de *negligence* com e sem culpa, dando como exemplos de inexistência de culpa casos de falta de normalidade da motivação, como seja a inimputabilidade. Mas o que é específico da *negligence* é, segundo as suas próprias palavras anteriormente citadas, a não observância do *standard* de conduta que o agente podia e devia observar. Aqui põe-se a questão de saber se as capacidades superiores ou inferiores à média do agente afectam a configuração do *standard* da conduta por ele devida. HART revela clara consciência de que esta última questão é diferente da questão genérica da capacidade de motivação normal de que se trata na inimputabilidade e, em geral, na culpa. O que diz a este respeito é o seguinte: “Precisamos de separar a questão primária (1) O que é que *teria* feito naquelas circunstâncias uma pessoa razoável com capacidades normais? da segunda questão (2) *Poderia* o arguido com as suas capacidades ter feito isso? A referência a factores tais como a loucura ou a doença deveria fazer-se apenas em resposta à segunda destas questões. Esta abordagem simples, e certamente realista, evita dificuldades que a noção de individualizar o *standard* de cuidado apresentou a certos autores, uma vez que estas dificuldades são usualmente criadas pela admissão errada de que a única maneira de ter em conta incapacidades individuais é tratá-las como parte das circunstâncias em que a pessoa razoável é suposta agir”⁶³⁹. HART desenvolve este último ponto ao propor

⁶³⁸ HART (1961), 150-151.

⁶³⁹ HART (1961), 155.

uma distinção entre “o *standard* invariável de cuidado” e “as condições individualizáveis de responsabilidade”⁶⁴⁰. Esta distinção permite ao autor formular claramente o problema da configuração dos elementos do sujeito a ter em conta na negligência inconsciente. Diz-nos que: “pode bem ser que, mesmo se o *standard* de cuidado é colocado muito baixo, de modo a que os indivíduos só são considerados responsáveis se omitem tomar precauções muito elementares contra o dano, haverá sempre alguns indivíduos desafortunados que, por falta de inteligência, de poderes de concentração, de memória, ou por falta de jeito, não podem atingir mesmo este *standard* tão baixo”⁶⁴¹. “Responsabilidade absoluta” – nós diríamos ‘objectiva’ – resulta, então, reconhece HART, “da recusa da aplicação deste princípio de considerar as capacidades de um indivíduo que caiu abaixo do *standard* de cuidado”⁶⁴². Considera, contudo, que se pode argumentar que nenhum sistema jurídico se pode permitir individualizar as condições de responsabilidade ao ponto de desculpar todos os que não podem atingir o *standard* do homem médio. Acaba assim por concluir que “pode, na prática, ser impossível fazer mais do que desculpar aqueles que sofrem de formas grosseiras de incapacidade, como crianças, ou loucos, ou aqueles afectados por poderes reconhecidamente inadequados de controlo dos seus movimentos, ou os que são claramente incapazes de detectar, ou de se desembaraçarem eles próprios, de situações em que a sua incapacidade pode causar dano”⁶⁴³. Esta conclusão revela que HART não distingue nesse texto entre os vários casos de desculpa em razão de incapacidade, incluindo no mesmo conjunto elementos do sujeito relevantes para a identificação da existência de uma acção, para a afirmação da sua tipicidade como negligência inconsciente ou, mesmo, para a culpabilidade. Esta falta de distinção aqui não implica, contudo, desconhecimento dela, uma vez que

⁶⁴⁰ HART (1961), 154.

⁶⁴¹ *Ibidem*.

⁶⁴² HART (1961), 155.

⁶⁴³ *Ibidem*.

HART foi precisamente um dos autores que pugnou pela distinção entre causas de desculpa e outras causas de exclusão de responsabilidade⁶⁴⁴.

De tudo o que acabámos de dizer decorre, de essencial, que a doutrina de HART deslocou a atenção da discussão sobre a existência ou não da *mens rea* para “as condições individualizáveis de responsabilidade”; isto é, para os elementos do sujeito que possam condicionar a sua capacidade de evitar o resultado e, por isso, a sua responsabilidade. Por outro lado, acentuou ainda o elemento normativo que justifica a punição da negligência, quer consciente quer inconsciente: a violação do dever de cuidado.

3. Evolução do tratamento da *negligence* na *common law* desde o caso *Batemann*, de 1925, ao caso *Adomako*, de 1995

A doutrina de HART contribuiu certamente para o descrédito das propostas doutrinárias de eliminação da *negligence* como uma das formas do crime de homicídio por negligência inconsciente grosseira (*gross negligence manslaughter*)⁶⁴⁵. Em 1961, data do estudo de HART que temos vindo a citar, considerava-se aplicável a este crime o clássico teste expresso por Lord Hewart C.J., em 1925, no caso *Batemann*: “Se A causou a morte de B, por alegada *negligence*, então, em ordem a estabelecer a responsabilidade civil, o queixoso tem de provar (além da perda pecuniária causada pela morte) que A tinha um dever de cuidado para com B, que esse dever de cuidado não foi cumprido e que a falta de cumprimento causou a morte (...); para suportar uma condenação por *manslaughter*, a acusação tem de provar os factos necessários para estabelecer a responsabilidade civil (excepto a perda pecuniária) e, cumulativamente, tem de

⁶⁴⁴ HART (1958), 28 e ss.

⁶⁴⁵ A análise e discussão da doutrina inglesa que se segue limita-se à doutrina geral da *negligence* e concentra-se nos crimes especiais de resultado em que essa doutrina foi desenvolvida, como acontece com o crime, cuja fonte é a *common law*, de *gross negligence manslaughter*. Deixamos, por conseguinte, de fora, infracções por negligência inconsciente previstas em certas leis, tais como os crimes de mera actividade previstos no *Road Traffic Act* 1988.

convencer júri de que a negligência ou incompetência do acusado foi além da mera matéria de indenização, mostrando um tal desrespeito pela vida e saúde dos outros que importa considerar a existência de um crime contra o Estado e de uma conduta merecedora de punição”⁶⁴⁶.

No caso *Batemann* estava em causa uma situação em que um médico omitiu iniciar o tratamento de uma sua doente em processo de parto até começar o nascimento do filho, causando assim a morte da mãe. A decisão considerou haver negligência grosseira por aplicação positiva do teste que formulou, sem se preocupar com a questão de saber se houve possibilidade de consciência do risco de morte. O teste de *Batemann* seria regularmente aplicado, nomeadamente pela *House of Lords* em *Andrews v DPP* (1937)⁶⁴⁷. Aqui estava em causa uma situação de um automobilista que matou um peão ao ultrapassar um outro carro pelo lado de fora da estrada. Nesta situação LORD ATKIN declarou que “o princípio que deve ser observado é o de que casos de *manslaughter* ao conduzir automóveis não são senão instâncias de uma regra geral aplicável a todas as acusações de homicídio por negligência”. Quanto à relação entre os conceitos de *negligence* e *recklessness*, LORD ATKIN observou que o termo *reckless* “não é provavelmente suficientemente abrangente, uma vez que ‘*reckless*’ sugere uma indiferença ao risco, sendo certo que o acusado pode ter avaliado o risco e tido a intenção de o evitar e, contudo, mostrado um grau tão alto de *negligence* nos meios adoptados para evitar esse risco que justificaria a sua condenação”⁶⁴⁸.

A partir de 1977 desenvolve-se uma jurisprudência sobre *gross negligence manslaughter* em que se utiliza um conceito lato de *recklessness* que abrange tanto a negligência consciente como a inconsciente. *Stone* e *Doninson*⁶⁴⁹ começaram por permitir que uma irmã doente vivesse em casa deles, acabando por deixá-la morrer ao não terem chamado um médico. A *Court of Appeal*

⁶⁴⁶ *Batemann* (1925) 19 Cr App R 8,10-11. O teste de *Batemann* foi reafirmado pela *House of Lords* em *Andrews v. DPP* (1937) 2 All ER 552.

⁶⁴⁷ (1937) 2 All ER 552.

⁶⁴⁸ (1937) 2 All ER 552, 556.

⁶⁴⁹ *Stone and Dobinson*, (1977) QB 354.

decidiu, nesta situação, que “o dever que o acusado assumiu é um dever de cuidado da saúde e do bem-estar do doente. O que a acusação tem de provar é uma violação deste dever em tais circunstâncias que o júri se sinta convencido de que a conduta do acusado pode propriamente ser descrita como descuidada (*reckless*); ou seja, como desatenção descuidada do perigo para a saúde e bem-estar da pessoa doente. Não basta mera inconsciência (*inadvertence*). A acusação tem de mostrar que o acusado foi indiferente a um risco óbvio de lesão da saúde, ou que actualmente previu o risco mas decidiu, não obstante, corrê-lo”. Esta orientação veio a culminar em 1982 em duas decisões do mesmo dia da *House of Lords: Caldwell*⁶⁵⁰ e *Lawrence*⁶⁵¹. Em *Caldwell*, LORD DIPLOCK formulou o seguinte teste: uma pessoa agiu com descuido no dano à propriedade “se (1) ela praticar um acto que cria de facto um risco óbvio de que a propriedade será destruída e danificada e (2) se, quando age, ela (i) ou não pensou sequer na possibilidade de existir tal risco ou, (ii) se reconheceu que havia algum risco envolvido, não obstante avançou para ele”⁶⁵². Em *Lawrence*, num caso de acidente de trânsito em que o agente atropelou mortalmente um peão com a sua mota, o mesmo LORD DIPLOCK acrescentou a exigência de o risco criado ser não só óbvio como também grave (*serious*), implicando que uma pessoa normalmente prudente não consideraria o risco insignificante (*negligible*)⁶⁵³. Esta jurisprudência seria generalizada pela *House of Lords*, em 1983, em *Seymour*, tendo aí LORD ROSKILL dito que há “uma necessidade de prescrever um único e simples significado do adjectivo *reckless* e do advérbio *recklessly* em todo o direito penal, a não ser que o parlamento disponha diferentemente num caso particular. Este único e simples significado será o significado comum destas palavras como estabelecido nesta Casa, em *R v Caldwell* e *R v Lawrence*”⁶⁵⁴. Em consequência, nas palavras de um tratadista “era geralmente reconhecido que

⁶⁵⁰ (1982) AC 341, (1981) 1 ALL ER 961.

⁶⁵¹ (1982) AC 510, (1981) 1 ALL ER 974.

⁶⁵² (1981) 1 ALL ER, 967.

⁶⁵³ (1982) AC 510,527.

⁶⁵⁴ (1983) 1 AC 624. No mesmo sentido se pronunciou o *Privy Council* em 1985, em *Kong Cheuk Kwan*, novamente pela boca de Lord Roskill. Cf. (1985) 82 Cr App R 18.

manslaughter por *gross negligence* foi absorvido e substituído por *reckless manslaughter*”⁶⁵⁵.

Porém, alguns anos mais tarde, no caso *Adomako* (1995)⁶⁵⁶, a *House of Lords* restabeleceu o crime de *manslaughter* por *gross negligence*, como anteriormente definido em *Bateman*, e afastou o conceito amplo de *recklessness manslaughter* aplicado com o teste de *Caldwell* e *Lawrence*. *Adomako* decidiu um recurso interposto de *Prentice, Adomako e Holloway*⁶⁵⁷, em que a *Court of Appeal* decidiu conjuntamente três recursos em casos de *manslaughter* que não eram, porém, acidentes de viação (*motor manslaughter*). Por esta última circunstância, a *Court of Appeal* não se considerou vinculada pela jurisprudência da *House of Lords* em *Seymour*, que mandava aplicar o teste de *Lawrence*. No caso *Prentice* dois médicos administraram uma injeção que criou um óbvio risco de morte e que de facto a causou. O júri foi instruído, em conformidade com *Lawrence*, no sentido de que os médicos podiam ser culpados ainda que nunca tivessem pensado na possibilidade de tal risco. No entanto, segundo a *Court of Appeal*, a questão que deveria ter sido colocada era a de saber se a falta cometida pelos médicos era “grosseiramente negligente ao ponto de constituir crime”. No caso *Holloway* um electricista não pensou no óbvio risco de morte criado pelo modo como instalou um elemento eléctrico num sistema de aquecimento central, pelo que seria de considerar culpado pelo teste de *Lawrence*; porém, novamente segundo a *Court of Appeal*, deveria ainda ter sido feita a pergunta de saber se a sua *negligence* era grosseira.

Só em *Adomako* o juiz instruiu o júri no sentido de que se requeria um alto grau de *negligence*. A *Court of Appeal* considerou este teste correcto e o apelante recorreu para a *House of Lords*, que descreveu assim a factualidade de *Adomako*, em que estava em causa uma operação aos olhos com desfecho fatal: “a operação foi levada a cabo por dois cirurgiões apoiados por uma equipa de cinco enfermeiras e uma enfermeira instrumentista. A anestesia começou cerca das

⁶⁵⁵ ASHWORTH (2006), 292.

⁶⁵⁶ (1995) 1 AC 171.

⁶⁵⁷ (1993) 4 ALL ER 935.

09.45. O paciente foi anestesiado com uma injeção de uma substância anestésica e um tubo intratraqueal foi inserido para permitir ao doente respirar por via mecânica. No início da operação o anestesista era o Dr. Said. Uma assistente do departamento de operações estava também presente para o ajudar. Cerca das 10.30 houve uma troca de anestesistas. O acusado foi chamado a assistir o Dr. Said e a ocupar o seu lugar e, de seguida, o Dr. Said e a sua assistente saíram para assistir a uma outra operação no hospital. Outra assistente foi chamada, mas não chegou a não ser mais tarde. Às 11.05 o tubo de conexão intratraqueal desconectou-se, pelo que tendo o fornecimento de oxigénio cessado, o doente sofreu um ataque cardíaco às 11.14. Durante este período o acusado não notou que o tubo se havia desconectado nem corrigiu a situação. O acusado tomou pela primeira vez consciência de que algo estava errado quando um alarme tocou na máquina *Dinamap*, que monitoriza a pressão arterial do paciente. Da prova resulta que quatro minutos passaram entre a desconexão e o soar do alarme. Quando o alarme souou o acusado respondeu de várias formas; verificou o equipamento e administrou atropina para subir o pulso do doente. Mas em nenhum momento antes do ataque cardíaco ele verificou a integridade da conexão do tubo intratraqueal. A própria desconexão do tubo não foi descoberta até começarem as medidas de reanimação”.

Na opinião de LORD MACKAY, adoptada pela *House of Lords*, a *Court of Appeal* decidiu bem ao adoptar o teste de *negligence* grosseira estabelecido em *Batemann* e *Andrews*, sem referência ao teste de *recklessness* definido em *Lawrence*, uma vez que “o direito como formulado nestas duas decisões é satisfatório, enquanto fornece uma base apropriada para descrever o crime de homicídio involuntário (*involuntary manslaughter*)”⁶⁵⁸, pelo que “os princípios ordinários do direito da *negligence* aplicam-se para determinar se o acusado violou um dever de cuidado para com a vítima que morreu. Se tal violação de cuidado está estabelecida, a questão seguinte é a de saber se essa violação do dever causou a morte da vítima. Se foi assim, o júri deve a seguir considerar se

⁶⁵⁸ FLETCHER (2007), 287, refere que a palavra “involuntário” surge aqui, de forma anómala, como sinónimo de não intencional.

essa violação do dever deve ser caracterizada como *negligence* grosseira e, por isso, como crime. Isto depende da gravidade (*seriousness*) da violação do dever cometida pelo acusado, na totalidade das circunstâncias em que estava colocado quando ela ocorreu. O júri terá de considerar se a medida em que a conduta do acusado se afastou do *standard* de cuidado que lhe incumbe, envolvendo como terá de envolver um risco de morte do paciente, era tal que deverá ser julgada criminosa”. LORD MACKAY respondeu ainda a uma alegada objecção de circularidade, dizendo que reconhece um elemento de circularidade no critério mas que não crê: “que ele afecte decisivamente a correcção do teste, enquanto medida em que a conduta tem de se afastar dos *standards* aceites. É necessariamente uma questão de grau e uma tentativa de especificar esse grau mais detalhadamente só alcança provavelmente uma precisão espúria”. Por consequência, “é completamente desnecessário, no contexto da *negligence* grosseira, dar as instruções detalhadas a respeito do sentido da palavra descuidado (*reckless*) ligadas a *Lawrence*, sendo certo que as circunstâncias a que se pode aplicar uma acusação de homicídio involuntário (*involuntary manslaughter*) são tão diversas que é imprudente caracterizar ou pormenorizar instruções especiais”. Quanto ao caso *sub judice* observou ainda que o acusado “não tinha de ser julgado pelo *standard* de médicos mais hábeis mas pelo *standard* de um médico razoavelmente competente”.

4. A doutrina depois de *Adomako*

O caso *Adomako* repôs a jurisprudência inglesa no ponto em que estava quando HART, em 1961, escreveu o seu estudo sobre a negligência, pelo que as suas críticas ao objectivismo daquela reganharam actualidade e foram retomadas por uma parte importante da doutrina. SIMESTER, por exemplo, considera mesmo que HART não foi suficientemente longe e critica a distinção, feita por HART, entre uma pergunta relativa ao “*standard* de cuidado invariável” aferido pelo cuidado de uma pessoa razoável com as capacidades normais nas circunstâncias e

outra relativa às “condições individualizadas de responsabilidade”⁶⁵⁹. Com esta distinção HART pretendia evitar as dificuldades ligadas a uma individualização do *standard* de cuidado, em que as incapacidades individuais são tratadas como parte das circunstâncias em que a pessoa razoável é suposta agir⁶⁶⁰. Ora, segundo SIMESTER, a resposta positiva às duas questões é ainda insuficiente para fundar a responsabilidade, uma vez que se é certo que a resposta negativa à segunda questão implica negar a culpa, já não é verdade que a resposta positiva à mesma questão implique a culpa⁶⁶¹. Por sua vez, ainda no entendimento do mesmo autor, a resposta positiva à primeira questão fundamenta a responsabilidade de uma pessoa normal, mas não implica a do agente concreto que pode ter capacidades inferiores (por exemplo, por falta de uma inteligência normal), sem culpa sua. Assim, por exemplo, no caso *Elliott*⁶⁶² – em que uma rapariga de 14 anos que por ser mentalmente atrasada não pensou que ao pegar fogo a álcool faria arder o barracão e que foi julgada culpada segundo o critério de um homem médio – de acordo com SIMESTER, o teste de HART levaria igualmente a considerá-la responsável, no caso de ela ser capaz de prever o resultado concentrando-se na questão durante várias horas, quando não seria razoável esperar dela que o fizesse⁶⁶³. Isto não quer dizer que SIMESTER não reconheça a necessidade de confrontar o comportamento do agente com um *standard* objectivo. Como afirma: “pelo contrário, o *standard* da *negligence* é parcialmente objectivo ou imposto e parcialmente subjectivo ou personalizado. Segundo a doutrina tradicional se o acusado é cego, só tem uma perna ou é uma criança, assim

⁶⁵⁹ SIMESTER (2000), 103-104.

⁶⁶⁰ HART (1961), 154-155.

⁶⁶¹ Uma vez que, segundo SIMESTER, a segunda questão apenas poderá excluir a culpabilidade mas não fundamentá-la, pois responde apenas à questão de saber se o acusado de acordo com suas capacidades mentais e físicas poderia ter tomado as precauções necessárias. Ora, como afirma este autor, pode acontecer que apesar de ele ter essas capacidades não lhe seja razoável exigir o seu cumprimento; SIMESTER (2000), 104.

⁶⁶² *Elliot vs C.* [1983] 1 WLR 939.

⁶⁶³ Quer dizer: a pergunta decisiva para HART seria a de saber se a rapariga, com a sua inteligência, *poderia* ter tomado as precauções necessárias e não, como considera SIMESTER, a de saber se era *razoável exigir-lhe* que tomasse aquelas precauções. Cf. SIMESTER (2000), 104.

também o é a pessoa razoável. Do acusado cego espera-se que se comporte como normalmente se comportaria uma pessoa cega e não como se tivesse vista. O problema passa por uma mudança de foco consistente em deixar de olhar para a “pessoa razoável”, afastando-o de uma criação jurídica fictícia e centralizando-o na direcção do acusado. Se o teste da conduta negligente há-de fundar uma atribuição válida de censura, então deve estabelecer um *standard* objectivo no que respeita àqueles defeitos do acusado pelos quais ele pode ser considerado moralmente censurável – dessa forma não se penalizam características subjectivas tais como a cegueira. Entendido assim, a ‘pessoa razoável’ é realmente o acusado, mas sujeito à atribuição daquelas faculdades em que se tem de garantir um *standard* objectivo”⁶⁶⁴. SIMESTER recorre assim a critérios mais gerais da culpa moral para especificar as hipóteses de *negligence*. Escreve: “de uma pessoa razoável, sendo o agente moral racional, é de esperar que reconheça as razões para se comportar de várias maneiras, que avalie o comportamento possível à luz dessas razões e que se comporte de acordo com essa avaliação. O acusado negligente terá deixado de fazer uma ou mais destas coisas”⁶⁶⁵. SIMESTER utiliza assim o esquema da acção devida para identificar as faltas ou defeitos que fundam a censura da *negligence*; faltas ou defeitos que podem ser relativos ao que o agente deseja como resultado, àquilo em que acredita como meio de o alcançar ou ao comportamento daí resultante. “Expressa nestes termos – diz – a essência da *negligence* é a de que o acusado deixou de se comportar pelas razões que teriam motivado uma pessoa razoável. Se isto é correcto, podemos compreender melhor como o acusado pode deixar de corresponder ao comportamento de uma pessoa razoável, examinando o como e o porquê de ele ter deixado de ser como uma pessoa razoável nos seus desejos, ou representações (*beliefs*) e no seu resultado motivacional”⁶⁶⁶. Este autor observa ainda que as representações defeituosas são o mais importante factor que explica

⁶⁶⁴ SIMESTER (2000), 90-91.

⁶⁶⁵ SIMESTER (2000), 92.

⁶⁶⁶ SIMESTER (2000), 91. A este propósito, SIMESTER afirma ainda (92): “neste sentido, pode ser adoptada a proposta de HART segundo a qual o acusado é culpado quando tinha a capacidade e a oportunidade adequada de evitar o dano”.

(psicologicamente) a *negligence*⁶⁶⁷. As pessoas não cuidam de evitar o risco porque não representaram a sua existência. Nestes casos, ou o defeito reside em que o agente se baseou numa representação desrazoavelmente adquirida ou existe alguma outra representação relevante que desrazoavelmente não foi considerada. SIMESTER distingue, a este propósito, três tipos de faltas que podem fazer com que isto aconteça; faltas em: “(i) prestar atenção à informação disponível; em particular perceber o que é registado pelos sentidos ou recordar aquilo que se tem na memória; (ii) reter na memória aquilo que se percebe ou infere; e (iii) aplicar a inteligência ao que se percebe e se recorda”⁶⁶⁸. Acrescenta ainda que em relação a cada uma destas faltas a questão decisiva é a de saber “até onde se pode exigir um ‘*standart objectivo*’ ao acusado”⁶⁶⁹.

Quanto à atenção, SIMESTER recusa um critério legal que tenha por referência uma pessoa normal da qual seja de esperar que esteja continuamente atenta. O direito, segundo este autor, requer apenas uma atenção invariavelmente razoável, o que não exclui flutuações e, mesmo, a possibilidade de existirem distrações que sejam também elas próprias de considerar razoáveis. Exemplificando: “depois de estar 30 horas em serviço de urgência, um médico pode ser desculado por um erro pelo qual poderia ser culpado se não estivesse cansado; diferentemente, o condutor que não pode continuar a manter uma concentração razoável deverá parar e descansar”⁶⁷⁰. Em suma, casos há em que a censura própria da negligência não está na falha na atenção, mas na possibilidade de a evitar.

Quanto à percepção, recordação e memória, SIMESTER faz observações semelhantes. Assim, concorda com o ponto de vista da decisão proferida no caso *Geier v. Kujawa*, em que uma rapariga alemã foi desculpada por não ter usado o cinto de segurança num automóvel, em parte porque nunca tinha visto um tal equipamento antes. Mas já considera culpada a mãe que se deita descansada na

⁶⁶⁷ SIMESTER (2000), 95.

⁶⁶⁸ SIMESTER (2000), 96.

⁶⁶⁹ *Ibidem*.

⁶⁷⁰ SIMESTER (2000), 99.

praia enquanto os seus filhos brincam na água, apenas porque não se recorda que naquele local as marés são perigosas. Diferentemente, já considera desculpável o condutor que não se recorda do que normalmente deve recordar, por estar preocupado com o estado da doença terminal da sua irmã⁶⁷¹.

Já uma falta de inteligência, ao contrário do que normalmente acontecerá com os outros factores que acabámos de enumerar, não pode, segundo este autor, ser evitada⁶⁷², pelo que não é de esperar inteligência *razoável* do agente, mas antes que ele *use razoavelmente* a sua inteligência⁶⁷³. Quer dizer, uma limitação da inteligência não pode ser atribuída a uma falta de cuidado actual ou anterior, como no já referido caso *Elliott* em que uma rapariga de 14 anos com uma deficiência mental acendeu algo sem pensar que poderia assim vir a pegar fogo a todo o barracão⁶⁷⁴.

Em geral, a questão de saber se são de considerar as capacidades e conhecimento do agente quando estão acima ou abaixo da média, é respondida por SIMESTER no sentido de limitar a responsabilidade pelas capacidades concretas do agente. A culpabilidade exige, segundo este autor, que o agente seja avaliado tendo em conta não apenas aquilo que devia saber como também aquilo que sabe. Assim, concorda com a tese de que “o acusado é suposto ter aquela percepção das circunstâncias e aquele conhecimento das matérias com aquelas relacionadas que uma pessoa razoável, com os conhecimentos superiores do agente, teria tido”⁶⁷⁵. Assim, para dar um exemplo concreto, o *standard* objectivo

⁶⁷¹ SIMESTER (2000), 100.

⁶⁷² Como afirma (2000), 103, “a falta de inteligência nem reflecte o carácter ou valores da pessoa, nem está sob o seu controlo”, no sentido de poder ser evitada caso o acusado fosse uma pessoa mais atenta ou tivesse utilizado correctamente as suas faculdades. Assim – continua – “tal como as limitações físicas como a cegueira, a falta de inteligência é uma condição que não pode ser alterada por quem dela sofre”. Em suma: para SIMESTER a *negligence* assenta numa falha na utilização de faculdades pela qual o agente pode ser moralmente responsável, o que apenas ocorrerá quando ele poderia ter evitado a falta ou a falha na sua utilização, o que não ocorre nos casos de falta de inteligência.

⁶⁷³ SIMESTER (2000), 103.

⁶⁷⁴ SIMESTER (2000), 102-103.

⁶⁷⁵ SIMESTER (2000), 96.

que mede a *negligence* é a superior visão que permite a certo condutor evitar atropelar o ciclista que não seria visto por um condutor normal⁶⁷⁶.

Pronunciando-se expressamente sobre a jurisprudência estabelecida no caso *Adomako*, que marca o estado actual do direito inglês sobre negligência inconsciente, SIMESTER assume em relação a essa jurisprudência uma posição crítica, uma vez que considera que a decisão não terá considerado como relevante a circunstância de urgência em que o agente terá agido, segundo o seu próprio testemunho em audiência, ao declarar que “quando as coisas começaram a correr mal penso que entrei um pouco em pânico”⁶⁷⁷. Ora, nessas circunstâncias, escreve, “é por vezes razoável reagir precipitadamente”⁶⁷⁸. SIMESTER cita em seu favor a doutrina de *Simpson v. Peat*⁶⁷⁹, acerca da hipótese de um condutor que, confrontado com uma situação de emergência súbita, pela qual não foi responsável, e com o objectivo de evitar uma colisão, se desviou para a sua direita – mostrando-se posteriormente que se se tivesse desviado para a esquerda o acidente não teria ocorrido. A propósito deste exemplo escreve aquele autor que é fácil “ser sábio depois do evento”. Na sua opinião, se o condutor estava de facto a aplicar o cuidado e atenção que um condutor razoável e prudente teria aplicado, não deve ser condenado, mesmo se um outro condutor porventura mais habilidoso tivesse actuado diferentemente”⁶⁸⁰.

A doutrina de SIMESTER suscita objecções que em parte têm que ver com características mais gerais da doutrina penal inglesa. Assim, SIMESTER não distingue, na *negligence*, as questões relativas à culpa das questões relativas à ilicitude. O único ponto de vista que considera é o da culpa entendida como culpa

⁶⁷⁶SIMESTER, SULLIVAN (2004), 153, onde é dado também o exemplo de “um médico que, actuando na sua qualidade de profissional, será julgado pelo *standard* de um médico razoavelmente habilidoso e competente e não pelo *standard* de um leigo”. Pensamos, porém, que é incoerente seguir, neste caso, o critério, aliás jurisprudencial, do médico razoavelmente habilidoso e competente em vez do critério de um médico com a habilidade e competência razoavelmente exigíveis ao autor.

⁶⁷⁷SIMESTER, SULLIVAN (2004), 151.

⁶⁷⁸*Ibidem*.

⁶⁷⁹(1952) 2 QB 24,28.

⁶⁸⁰SIMESTER, SULLIVAN (2004), 151.

moral. Esta perspectiva permite-lhe uma análise filosoficamente fundada, a partir da estrutura da acção moral, das várias formas como podem surgir os defeitos ou faltas do processo cognitivo que caracterizam a acção negligente e que podem justificar ou não uma censura moral, diferenciando os defeitos relativos à atenção, à percepção, à memória e à inteligência. Faz assim uma análise de casos mais diferenciada do que a de HART, apesar de não tomar conhecimento das importantes contribuições que a moderna psicologia e, especialmente, as ciências cognitivas podem dar para a compreensão e avaliação desses casos. Os juízos morais de culpabilidade ou não culpabilidade, que constantemente faz, baseiam-se exclusivamente nas próprias intuições, o que dificulta a sua apreciação quer moral, quer jurídica. Aliás, também não permitem distinguir entre a apreciação moral e a jurídica. Ora, se é certo que os critérios da culpabilidade moral estão incorporados na culpa jurídica, a questão da culpa do crime negligente implica uma apreciação da gravidade da culpa *que é criminalmente relevante*. É certo que SIMESTER reconhece que o *standard* relevante no caso central do homicídio negligente inconsciente (*manslaughter by gross negligence*) “não apenas não corresponde ao *standard* posto pelo teste do homem razoável, mas fica abaixo desse *standard* por uma margem considerável – isto é, pergunta se o comportamento do acusado é não apenas desrazoável, mas *muito* desrazoável”⁶⁸¹. A este respeito, afirma: “se fazer uma certa curva a 50 milhas à hora pode ser considerado um comportamento negligente, então fazê-la a 80 milhas à hora é negligência grosseira. Será também negligência grosseira se o risco criado pelo acusado é muito óbvio. O incendiar inconsciente por C em *Elliott v. C* teria sido grosseiramente negligente se ela fosse um adulto normal”⁶⁸². Contudo, apesar disto, não existe qualquer correspondência entre estes critérios e a sistemática de defeitos da acção que justificam a censura moral na sua análise de culpa negligente.

⁶⁸¹ SIMESTER, SULLIVAN (2004), 150.

⁶⁸² *Ibidem*, onde acrescenta ainda que HART põe o teste de outro modo: “a negligência é grosseira se as precauções que devem ser tomadas quanto ao dano são de tal modo simples que mesmo pessoas não são propriamente dotadas de especiais capacidades físicas e mentais podem facilmente tomar”.

SIMESTER partilha ainda uma outra característica comum à generalidade da doutrina inglesa: não refere a omissão do cuidado à evitação do resultado, mas apenas à acção cuidadosa imediatamente devida. As questões da cognoscibilidade e da evitabilidade do resultado não são assim explicitamente tematizadas ou são simplesmente deixadas para a questão da causalidade. A consequência é não ser considerada a diferença entre o desvalor de acção e o desvalor de resultado na ilicitude, com a consequência de se considerar a *negligence manslaughter*, que é um crime negligente de resultado por acção ou por omissão, como um crime de omissão pura do cuidado devido⁶⁸³.

Finalmente, a crítica de SIMESTER a *Adomako* não parece atender a todas as circunstâncias do caso, designadamente ao falar na possível desculpabilidade da acção precipitada numa situação de emergência baseando-se, mais uma vez, nas suas intuições, sem recorrer aos conhecimentos decorrentes das ciências cognitivas para a resolução deste tipo de situações.

A doutrina da *negligence* de HART é também explicitamente retomada e integrada numa construção sistemática mais ampla por ASHWORTH⁶⁸⁴. Entende este autor que a punição da *negligence* se baseia numa “teoria da capacidade”, cujas origens se podem achar na proposição de que as acções humanas são suficientemente livres – e não determinadas – para tornar defensáveis censura e

⁶⁸³ Só a falta de consideração de todo o tipo objectivo, que incluiu o resultado e o seu processo causal, pode explicar o erro cometido por SIMESTER ao admitir que a *negligence*, quando referida apenas à acção, pode ser consciente (*advertent*): SIMESTER, SULLIVAN (2004), 149.

⁶⁸⁴ Tal como ASHWORTH (2006), 192, também MOORE (1997), 412-419 e 588-592, adopta a teoria de HART, que apresenta como uma teoria de culpabilidade – culpabilidade de capacidade não exercida – que considera distinta da culpabilidade de escolha. MOORE acentua, porém, a irreduzibilidade entre si destas duas formas, criticando HORDER (1993), 200, que pretende reduzir os casos de escolha do ilícito (*wrongdoing*) a casos de omissão de evitar o ilícito. Acentua MOORE, quanto a nós bem, que se é verdade que aquela escolha implica necessariamente esta omissão, é a escolha que é essencial para a culpabilidade (MOORE (1997), 590 e 592). Assim, parece implicitamente afastar-se da proposta de HART de um conceito extenso de *mens rea*. Termina, porém, por considerar a questão meramente terminológica, desde que se marque a fundamental diferença das duas formas de culpabilidade (592).

punição”⁶⁸⁵. Trata-se do princípio que ASHWORTH denomina de autonomia individual – “cada indivíduo deve ser tratado como responsável pelo seu próprio comportamento” –, considerado como “um dos conceitos fundamentais na justificação das leis penais”⁶⁸⁶. Segundo o autor este princípio tem elementos factuais e elementos normativos. “O elemento factual na autonomia é o de que os indivíduos em geral têm a capacidade e o livre arbítrio suficiente para fazer escolhas com significado”. O elemento normativo é o de “que os indivíduos devem ser respeitados e tratados como agentes capazes de escolher os seus actos e omissões, e que sem reconhecer os indivíduos como capazes de agir de forma independente eles dificilmente podiam ser considerados pessoas morais”⁶⁸⁷.

Acerca da *negligence* conclui ASHWORTH que “desde que o indivíduo tivesse a capacidade de se comportar de outra forma é equitativo impor responsabilidade naquelas situações onde há sinais suficientes para alertar o cidadão razoável para a necessidade de ter cuidado. A autonomia é um princípio fundamental, mas isso não significa que seja sempre requerida consciência (*advertence*), desde que haja um aviso equitativo (*fair*) e uma oportunidade equitativa para se actuar conforme o *standard* requerido”⁶⁸⁸.

ASHWORTH nota a seguir, em primeiro lugar, que esta teoria da capacidade é simultaneamente objectiva e subjectiva: “como HART demonstrou, é perfeitamente possível admitir excepções para aqueles de quem não se pode esperar que atinjam o *standard* de previsão e controlo do cidadão razoável. Haverá apenas que acrescentar à questão: ‘omitiu D alcançar um *standard* razoável de cuidado nas circunstâncias’ uma questão ulterior: ‘poderia D, dadas as suas capacidades mentais ou físicas, ter tomado as precauções necessárias?’ A responsabilidade por *negligence* só precisa de ser ‘objectiva’ na medida em que considera responsáveis aqueles que omitem tomar as precauções necessárias quando poderia razoavelmente esperar-se que o fizessem. A responsabilidade

⁶⁸⁵ ASHWORTH (2006), 192.

⁶⁸⁶ ASHWORTH (2006), 25.

⁶⁸⁷ ASHWORTH (2006), 25-26.

⁶⁸⁸ ASHWORTH (2006), 192.

pode ser denominada subjectiva na medida em que tem em conta as responsabilidades limitadas da pessoa particular. Tomando aspectos objectivos e subjectivos conjuntamente, a censurabilidade pode ser expressa como ‘a culpabilidade da capacidade não exercida’⁶⁸⁹. Em segundo lugar, ASHWORTH observa que “a responsabilidade por *negligence* pode também fazer derrogar um princípio de contemporaneidade, no sentido de que a omissão culpável de tomar precauções muitas vezes tem data anterior à causação do dano: o ferroviário não controlou os sinais ou a linha de modo que, mais tarde, se deu o acidente; D não compreendeu o mecanismo da espingarda de tal forma que quando mais tarde puxou o gatilho matou uma pessoa. A investigação acerca da capacidade e oportunidade necessárias para a responsabilidade por *negligence* alarga o quadro temporal do direito penal, fazendo prevalecer a doutrina da falta prévia sobre o princípio da contemporaneidade”⁶⁹⁰.

ASHWORTH faz depois uma importante observação acerca da contraposição e necessária conjugação de critérios objectivos e subjectivos na *negligence*. Escreve: “qualquer acerto (*fit*) moral obtido por uma maior aproximação a *standards* objectivos tem de ser ponderado, uma vez que é provável que daí resulte um maior afastamento do princípio da máxima certeza da lei penal. *Standards* objectivos assentam inevitavelmente em termos como razoável, normal e prudente. Contudo, estes revelam-se muito mais maleáveis e imprevisíveis do que termos subjectivos que perguntam sobre se um acusado tinha ou não consciência de certo risco, abrindo explicitamente espaço para que tribunais e até procuradores façam juízos sociais sobre os limites da sanção penal”⁶⁹¹.

A principal contribuição de ASHWORTH para a discussão do tema que nos ocupa está na definição mais clara dos princípios que devem guiar as soluções dogmáticas. Para além disso, limita-se a criticar da forma habitual a decisão tomada no caso *Adomako* e a classificar a *negligence* como uma forma de *fault*, a

⁶⁸⁹ ASHWORTH (2006), 192. No mesmo sentido MOORE (1997), 588-592.

⁶⁹⁰ ASHWORTH (2006), 193.

⁶⁹¹ ASHWORTH (2006), 195.

par da responsabilidade objectiva (*strict liability*), da intenção, da negligência consciente (*recklessness*) e do conhecimento (*knowledge*, como conhecimento das circunstâncias por oposição ao conhecimento do resultado, integrado na intenção). As formas da *fault* surgem como requisitos positivos numa análise do crime em que se distinguem quatro temas de trabalho: requisitos do acto voluntário, falta de justificação, requisitos positivos da *fault*, e requisitos negativos da *fault*⁶⁹². ASHWORTH não segue, por conseguinte, a sugestão de HART de utilizar a “teoria da capacidade”, que dele recebe, para “estender a noção de *mens* para lá do elemento cognitivo de conhecimento ou previsão”⁶⁹³, preferindo abandonar a divisão tradicional inglesa entre *actus reus* e *mens rea*⁶⁹⁴ como base da análise do crime. Não consegue, porém, distinguir os diferentes elementos valorativos da ilicitude, da culpa e da punibilidade, que a doutrina alemã há muito distingue. Afasta o que destas distinções parece saber através de FLETCHER, dizendo que “uma estrutura mais elaborada é provavelmente necessária para corresponder com fidelidade à inevitável complexidade do moderno direito penal”⁶⁹⁵, mas não explica porquê e limita-se à análise dos “temas de trabalho” atrás descritos.

FLETCHER defende que a razão pela qual a *negligence* não é considerada *mens rea* por alguns autores, nomeadamente GLANVILLE WILLIAMS, se deve ao facto de se ter reduzido o conceito de *mens rea* a um estado mental descritivo, retirando-lhe a sua dimensão normativa⁶⁹⁶. Com efeito, como afirma, considerar a *mens rea* como um estado interno da mente (como um estado de consciência) dificulta considerar a *inadvertent negligence* como uma das suas formas, uma vez que, por definição, a negligência inconsciente exclui a consciência do risco tomado. Para FLETCHER a única forma de considerar a *negligence* como uma

⁶⁹² ASHWORTH (2006), 95 e ss., 157 e ss.

⁶⁹³ HART (1961), 140.

⁶⁹⁴ ASHWORTH (2006), 158, refere que os autores tendem a distinguir na análise do crime *actus reus* de *mens rea*, colocando os elementos da *fault* na última categoria. Porém, considera, diferentemente, que há elementos da *fault* nos requisitos da conduta tais como a voluntariedade, a causação e a força justificada.

⁶⁹⁵ ASHWORTH (2006), 95-96.

⁶⁹⁶ FLETCHER (2007), 102.

forma de *mens rea* será através da adopção de um critério normativo, em que o “*inadvertent risk taking*” será suficiente para servir de base à culpa implícita no conceito de *mens rea*⁶⁹⁷. Mais à frente este autor volta a esta questão, agora a propósito da discussão acerca do conceito de culpa, para concluir que a consideração da negligência inconsciente como uma forma de culpa parece depender exclusivamente da adopção de um conceito descritivo ou normativo de culpa⁶⁹⁸. Desenvolvendo esta ideia acrescenta ainda que a não consideração da negligência inconsciente como uma forma de culpa se deve a uma confusão entre o “sentir desrespeito pelos outros” e o “adoptar uma acção que signifique desrespeito”, concluindo que “o que cada um sente – ou, de forma mais geral, o estado de consciência de cada um – é raramente conclusivo no que respeita ao significado da nossa conduta para os outros”⁶⁹⁹. Se bem que consideremos que faz sentido esta distinção entre “*sentir-se culpado*” e “*ser culpado*”, a verdade é que o modo como FLETCHER formula a comparação – entre “sentir desrespeito pelos outros” e “adoptar uma acção que signifique desrespeito” –, parece, pelo menos no que se refere ao segundo termo da comparação, mais um problema de ilicitude do que de culpa, o que é tanto mais estranho quando foi precisamente FLETCHER a aprofundar na doutrina americana a questão da distinção entre aqueles dois conceitos⁷⁰⁰. FLETCHER não formula assim um critério para distinguir a questão da culpa da questão da ilicitude na negligência inconsciente.

A propósito da definição de *negligence* efectuada pelo *Model Penal Code* (MPC) refere FLETCHER que aquele que, de forma inadvertida, assume uma acção perigosa (o *inadvertent risk-taker*) ou ignora ou está em erro acerca do risco implicado pela sua acção, e que a questão, tal como no erro de direito, é a de saber se esse erro (essa falha na avaliação do risco) é culpa sua. E haverá culpa sua quando ele é responsável por não ter tomado mais atenção às

⁶⁹⁷ FLETCHER (2007), 103.

⁶⁹⁸ FLETCHER (2007), 104 e 312.

⁶⁹⁹ FLETCHER (2007), 314.

⁷⁰⁰ FLETCHER (2007), 318. Para FLETCHER (2007), 318, depois da publicação do seu manual de 1978 maior parte da doutrina da *common law* adoptou a distinção entre ilicitude (*wrongdoing*) e culpabilidade. Mas já o fazer depender a culpabilidade da prévia determinação da ilicitude permanece subavaliada e subteorizada.

circunstâncias da sua acção⁷⁰¹. Também quando refere o Artigo 30 do Estatuto de Roma fala em responsabilidade por *negligence* baseada no “devia saber” isto é na falta de não saber⁷⁰². Só que para FLETCHER, como vimos, tal não implica um estado de consciência do risco e, nesse sentido, uma ligação subjectiva com o facto, não percebendo que essa ligação não tem de se traduzir necessariamente na representação do risco, mas sim na sua previsibilidade, por efeito da representação efectiva (consciência) de factores indiciadores desse risco⁷⁰³.

⁷⁰¹ FLETCHER (2007), 324. Num texto que escreveu sobre a “falta de não saber” (*The Fault of Not Knowing*) (2002), 15, considera que a doutrina da não previsibilidade (*unforeseeability*) reflecte a doutrina da falta de não saber, de forma que quando o risco é demasiado bizarro e o resultado de tal forma inesperado que a ninguém poderia ser apontada uma falta (*faulted*) por tê-lo corrido. Já quando o dano é previsível isto significa que o agente foi avisado/alertado (*put on notice*) de que poderia haver algo arriscado na sua conducta ou no estado de coisas a seu cargo (17). A este propósito refere o caso *Parrot v. Wells-Fargo Co.*, 82 U.S. 425 (1872), decidido pelo *Supreme Court* (16), ocorrido numa altura em que o explosivo TNT foi inventado. Agentes da companhia *Wells-Fargo*, ao receberem uma misteriosa caixa que deitava um líquido (nitroglicerina) que não conseguiam identificar, tentaram abrir a caixa com um martelo e um cinzel, o que provocou a explosão da mesma causando ferimentos às pessoas presentes. O Tribunal considerou que inexistia qualquer responsabilidade (*non-liability*) dos agentes, uma vez que a explosão não era previsível. FLETCHER concorda com esta solução (18) acrescentado que era extremamente improvável que alguém soubesse do perigo. Considera (2007), 324, nota 84, no entanto, que a doutrina da falta de não saber permanece subteorizada.

⁷⁰² FLETCHER (2007), 323.

⁷⁰³ FLETCHER (2002), 13, mesmo não percebendo essa ligação subjectiva do autor com o facto, considera que “é falso defender que a lei da *negligence* se aplica mesmo que não haja capacidade individual de conformação com o *standard* comum”, pois também na *negligence* há que saber se a falta de não saber por parte do autor é fundada e, nessa medida, não é ficional. E o facto de se recorrer ao critério da pessoa razoável ou do denominado homem médio (*standard* objectivo) para avaliar o comportamento do autor em nada prejudica a individualização, uma vez que esse critério funciona apenas como um critério prático na avaliação do comportamento a ser avaliado que é o do concreto autor. A este propósito refere o caso *Vaughan v. Menlove* (132 Eng. Rep. 490 (C.P.1837), onde o arguido foi considerado responsável por um fogo que resultou de manter nas suas terras uma meda de feno inflamável, pois não havia provas de que era para ele impossível adoptar o cuidado devido.

5. Perspectivas de evolução jurisprudencial e proposta legislativa

Há, assim, que concluir que a doutrina de HART sobre a *negligence* foi, no essencial, recebida pela doutrina inglesa dominante que, por consequência, é crítica do critério objectivo na apreciação da capacidade do autor que foi adoptado no caso *Adomako*. Na linha da doutrina se situa a última proposta da *Law Commission*, que sugere uma definição legislativa de *gross manslaughter negligence* que atende à capacidade do sujeito individual. Lê-se, efectivamente, aí, que se pode dar por verificada a prática daquele crime quando “(1) uma pessoa através da sua conduta causa a morte de outrem; (2) o risco de que a sua conduta venha a causar a morte [...] seria óbvio para uma pessoa razoável na sua posição; (3) ele ou ela é capaz de apreciar esse risco no tempo do facto e (4) [...] a sua conduta fica muito abaixo do que razoavelmente se poderia esperar dela nas circunstâncias”⁷⁰⁴.

No mesmo sentido vai a definição de *negligence* do *Model Penal Code*: “Uma pessoa age com *negligence* relativamente a um elemento material de um crime quando deveria ter consciência de um risco substancial e injustificável de que o elemento material existe ou resultará da sua conduta. O risco tem de ser de natureza e grau tais que a falta de representação dele pelo autor consideradas a natureza e finalidade da sua conduta e as circunstâncias que lhe são conhecidas envolve um desvio grosseiro da norma (*standard*) de cuidado que uma pessoa razoável respeitaria na situação do autor”⁷⁰⁵.

A jurisprudência da *House of Lords* e da *Court of Appeal* têm-se, porém, mantido fiel a *Adomako*. A principal abertura a um critério subjectivo de apreciação das capacidades do autor negligente inconsciente foi, até agora, um *obiter dictum* no caso *Hudson*⁷⁰⁶, em que o acusado foi condenado por ter tido

⁷⁰⁴ Law Commission (304) *Murder, Manslaughter and Infanticide* 2006, 64.

⁷⁰⁵ MPC.2.02 (2) (d). Criticando esta definição observa pertinentemente PAUL H. ROBINSON (2002), 91: “a teoria do Direito Penal ainda tem de achar um principio que distinga de forma convincente as características que devem ser incluídas das que devem ser excluídas quando se individualiza a norma (*standard*) da pessoa razoável”.

⁷⁰⁶ (1966), 1 QB 448.

relações sexuais com uma mulher deficiente, sem, todavia, ter “nenhuma razão para suspeitar que ela fosse deficiente”. Neste caso a *Court of Criminal Appeal* ponderou: “pode haver casos, dos quais este não faz parte, em que há prova perante o júri de que o acusado é ele próprio uma pessoa de inteligência limitada, ou que possivelmente sofre de alguma deficiência que o impediria de apreciar a situação de facto que uma pessoa normal poderia reconhecer”. No mesmo sentido se refere também, como *obiter dictum*, no caso *Reid*⁷⁰⁷, em que estava em causa uma situação de descuido objectivo num contexto de um crime rodoviário. Neste caso, LORD KEITH afirmou que o acusado não deveria ser responsável sempre que a sua inconsciência se devesse a “uma condição que não envolve falta da sua parte”, enquanto LORD GOFF se referiu a uma “doença de choque” e LORD BROWNE-WILKINSON a uma “incapacidade súbita”. Há, pois, alguma expectativa de que a *House of Lords* acabe por inclinar-se para a solução já sufragada pela *Law Commission* e, no contexto da *Commonwealth*, por uma decisão da *Canadian Supreme Court*⁷⁰⁸.

Desta forma e em jeito de conclusão poderá afirmar-se que as propostas da *Law Commission* sobre a *gross negligence manslaughter* – no seguimento da definição de *negligence* do *Model Penal Code* – pode considerar-se o ponto lógico de chegada da evolução doutrinária anglo-saxónica em matéria de *negligence* e pode transformar-se no ponto de chegada da própria evolução jurisprudencial na mesma matéria. É certo que a proposta continua a ter contra si a jurisprudência dominante no Reino Unido e restringe-se a um crime negligente particular, mas os argumentos contrários que se podem tirar dessa jurisprudência não convencem e nada obsta a considerar a doutrina da *Law Commission* como aplicável a todos os crimes cometidos com *negligence*. Ao considerar, entre os elementos definitórios da *gross negligence manslaughter*, a capacidade individual de apreciar o risco no tempo do facto e a discrepância significativamente abaixo do que é individualmente exigível nas circunstâncias segundo um critério de razoabilidade, esta doutrina implica o reconhecimento da

⁷⁰⁷ (1992) 3 All ER 673, 675c.

⁷⁰⁸ *Creighton* (1993) 105 DLR (4th) 632, citado por ASHWORTH (2006), 153, nota 151.

cognoscibilidade individual como característica essencial da *negligence* e a sua delimitação por um critério psicológico-normativo.

Pode, assim, concluir-se que a doutrina e jurisprudências anglo-saxónicas evoluíram no sentido de adoptar uma doutrina ética da responsabilidade nas linhas do seminal ensaio de HART de 1961. Aproximam-se assim de uma orientação da doutrina alemã que entronca em ENGISCH e no primeiro WELZEL e termina por enquanto em DUTTGE e HOYER. Sem esquecer que é consideravelmente menos diferenciada do que a doutrina alemã em geral e não se ocupa normalmente da aplicação à negligência da distinção entre ilicitude e culpa.

Capítulo III

A doutrina portuguesa

1. A doutrina portuguesa na esteira de ENGISCH. As posições de CAVALEIRO FERREIRA e EDUARDO CORREIA

A doutrina portuguesa da negligência imediatamente posterior a ENGISCH situa-se claramente no quadro conceptual da escola neoclássica alemã, que recebe a influência de ENGISCH e em que ele próprio se insere⁷⁰⁹. É o caso de CAVALEIRO FERREIRA e de EDUARDO CORREIA, ambos alunos e discípulos de

⁷⁰⁹ Não trataremos no texto a posição de BELEZA DOS SANTOS. Com efeito, embora já em 1934 este autor cite ENGISCH a propósito da distinção entre dolo e negligência (SANTOS (1934), ano 67, 33, 50), as suas lições posteriores na versão de Hernâni Marques (SANTOS (1936)) não reflectem a doutrina daquele sobre a negligência. Aí, BELEZA DOS SANTOS, nos quadros da doutrina clássica da negligência como forma de culpa, acentua a dependência da negligência inconsciente do poder individual do agente de prever o resultado e de seguir uma conduta diversa da que seguiu (SANTOS (1936), 512). Contudo, a justificação genérica que dá para a punibilidade da negligência em geral e não apenas nos casos em que está expressamente prevista, segundo critérios de mera prevenção geral, permitiriam esbater a distinção entre negligência inconsciente e imputação objectiva.

METZGER. Tal como ENGISCH, estes autores, não obstante considerarem a negligência como uma forma de culpa, tratam do dever de cuidado ou de diligência enquanto elemento caracterizador da mesma, quer ao nível da ilicitude quer ao nível da culpa. E, novamente como ENGISCH, consideram a previsibilidade como sendo o elemento subjectivo da negligência inconsciente – diferentemente do que acontece com a negligência consciente ou o dolo eventual, em que a componente intelectual do elemento subjectivo consiste na previsão da realização do facto típico.

CAVALEIRO FERREIRA, nas suas lições de 1940-1941, acentua, especificamente sobre o conteúdo do dever de cuidado ou de diligência próprio da negligência, que o mesmo é “delimitado, primeiramente de uma maneira objectiva, mas com atenção às circunstâncias concretas, incluindo aquelas que se verificam na pessoa do próprio autor”⁷¹⁰. Acrescenta, ainda, que: “é intuitivo que as cautelas a tomar dependem das condições e das circunstâncias de cada caso em especial, e nessas circunstâncias individuais do caso se têm de incluir também as aptidões ou a capacidade do próprio agente. Se para o cumprimento do dever de diligência é necessário ter uma boa vista ou um bom ouvido, esse cumprimento não pode ser exigido nas mesmas condições a uma pessoa normal, que vê e ouve bem, e a um cego ou a um surdo”⁷¹¹. Porém, embora afirme, como acabámos de ver, que o conteúdo do dever de diligência depende das aptidões ou da capacidade do próprio agente, CAVALEIRO FERREIRA apenas especifica esta sua posição na hipótese de capacidades inferiores à média, nada dizendo especificadamente sobre as situações em que o agente dispõe de capacidades acima da média. Procurando concretizar melhor a noção de culpa na negligência, CAVALEIRO FERREIRA acrescenta ainda que “não basta a violação do dever de diligência, delimitado nos termos expostos; é preciso que entre o agente e o facto se verifique um nexó psicológico, o qual consiste na previsão ou previsibilidade”⁷¹². Esta última, que é para este autor característica da negligência

⁷¹⁰ FERREIRA (1945), 392.

⁷¹¹ FERREIRA (1945), 391.

⁷¹² FERREIRA (1945), 392-393.

inconsciente, “existe se o agente, comportando-se diligentemente, podia prever o resultado da sua conduta. Essa previsibilidade tem de medir-se em razão do próprio agente. É necessário que o facto seja previsível para o agente em concreto e não segundo o critério objectivo do legislador”⁷¹³.

O nexó psicológico *supra* referido é estudado posteriormente com desenvolvimento original em 1981, no seu *Direito Penal Português. Parte Geral*⁷¹⁴, e nas lições de 1984-1985⁷¹⁵. CAVALEIRO FERREIRA pretende agora analisar tanto “o elemento cognoscitivo como o elemento volitivo, na culpa inconsciente”, que “só são positivamente referidos mediante a indicação legal de falta de cuidado de que o agente é capaz”⁷¹⁶. Para apreender o seu alcance CAVALEIRO FERREIRA chama a atenção para o processo de formação da vontade que “implica o conhecimento das circunstâncias em que se pretende agir; e por isso é necessária a atenção para não agir precipitada ou levianamente. Implica uma correcta apreciação ou juízo sobre o fim que se propõe e as suas consequências, e implica uma oportuna decisão, correspondente ao juízo formulado pela razão. O processo formativo da decisão voluntária é ou pode assim ser dominado pela vontade”⁷¹⁷. Depois de descrever, em geral, o que designa por processo formativo da decisão voluntária, o autor passa à identificação das falhas desse processo que podem determinar uma acção negligente. Escreve: “e assim o agente pode ignorar, por desatenção ou inconsideração, que a vontade podia evitar, a situação em que age e o perigo de realização de um crime. Pode ignorar, por deficiente apreciação da realidade, a possibilidade dessa realização; e pode ainda deixar de tomar a resolução que se impõe, intervindo ou não intervindo de modo a impedir o mal ou evitá-lo, como consequência da sua indecisão. E deste modo a voluntariedade na culpa, sobretudo na culpa inconsciente, não é o acto final da decisão voluntária; não é a

⁷¹³ FERREIRA (1945), 394.

⁷¹⁴ FERREIRA (1981), 516-519.

⁷¹⁵ FERREIRA (1985).

⁷¹⁶ FERREIRA (1985), 193.

⁷¹⁷ FERREIRA (1985), 194.

vontade do próprio facto e no facto, é uma voluntariedade indirecta [...]”⁷¹⁸. Finalmente, concretizando em que pode consistir o dever de diligência cujo não cumprimento fundamenta uma culpa negligente, ainda acrescenta: “o dever de diligência subjectiva, da própria vontade e do seu alcance, está em evitar o erro na compreensão da realidade em que pretende agir, em evitar o erro na apreciação dos resultados possíveis da sua acção ou omissão; erro que poderá ser evitado, ignorância que poderá ser corrigida, com o esforço devido da vontade enquanto dirigido ao próprio processo formativo da vontade”⁷¹⁹.

Que pensar desta análise? O domínio pela vontade, ou possibilidade de controlo pelo sujeito, da realização do facto típico é certamente a verdadeira razão que nos permite falar de uma acção na negligência inconsciente. Esse domínio depende da previsibilidade dessa realização, que por sua vez depende da consciência dos sinais de perigo, da consciência ou possibilidade de consciência da decisão de actuar num ou noutro sentido, da possibilidade de consciência do perigo, da possibilidade de consciência da capacidade de actuar, etc., conforme especificaremos desenvolvidamente mais adiante. Mas se é certo que todos estes elementos se podem incluir no processo de formação da acção negligente inconsciente e que fundamentam a possibilidade de controlo pelo sujeito da realização do facto típico, não são, porém, elementos que se incluam logicamente nos processos voluntários conscientes concomitantes do sujeito, para que CAVALEIRO FERREIRA chama a nossa atenção. A expressão “voluntariedade indirecta” provoca aqui a confusão, em vez de evitá-la. Preferível seria, pois, que a ligação subjectiva fosse formulada pela positiva e por referência ao próprio facto típico e não por referência a uma ignorância ou omissão que está na base da sua ocorrência.

No mesmo enquadramento sistemático de ENGISCH e da escola neoclássica se situa EDUARDO CORREIA. Nas suas lições publicadas em 1949, a negligência é concebida como forma de imputação subjectiva ou de culpa, que consiste na

⁷¹⁸ *Ibidem*.

⁷¹⁹ FERREIRA (1985), 194. O texto é retomado nas edições posteriores: FERREIRA (1992), 307-308. Na sua esteira, SILVA (1998), 178-180.

“omissão de um dever de diligência que se traduz num dever de previsão ou de justa previsão de um resultado”⁷²⁰. Haverá falta de previsão na negligência inconsciente e falta da justa previsão na negligência consciente. A violação do dever objectivo de previsão do resultado ou da sua justa previsão – isto é, de previsão da sua produção necessária – é, para EDUARDO CORREIA, independente da capacidade em concreto do agente, pelo que se este tem qualidades superiores à média nem por isso tem maior dever de previsão. Mas, ainda para o mesmo autor, já no caso de capacidade inferior à média a violação do dever objectivo de previsão não fundamenta a censura da culpa nos casos de impossibilidade de previsão para o agente⁷²¹. A censura por um facto punível negligentemente “deriva da circunstância de o agente não ter representado o resultado ou não ter justamente representado o resultado. Coisa que poderia ter feito se tivesse cumprido o dever (perante o qual é concretamente posto logo que conheça que um resultado é em si proibido) de adaptar e corrigir as suas capacidades de previsão de modo a poder representar o resultado sempre que pratique uma acção que a ele possa conduzir”⁷²². Teremos aqui “uma omissão concreta da vontade [...] que se traduz em não querer o agente cumprir o dever de auto-domínio sobre a personalidade que permitiria essa justa representação”⁷²³. Esta doutrina não é modificada na exposição mais sintética do *Direito Criminal* de 1963. Aí se diz que “o fundamento da punição da negligência reside em que o agente, não representando (ou não representando justamente) aquilo que devia e podia representar, mostra que não se quis *preparar* para representar certos efeitos

⁷²⁰ CORREIA (1949), 374.

⁷²¹ CORREIA (1949), 372-373: “Se as qualidades pessoais do agente não podem fundamentar o dever de previsão e, portanto, a existência da negligência, para além daquilo que objectivamente se pode exigir à média dos indivíduos, certo é, porém, que a existência dum dever objectivo de previsão ou de justa previsão não justifica só por si – e isto faz com que o problema da negligência se não confunda com o da causalidade adequada – a censura a título de negligência (...). Se o agente não pode, pois, concretamente, prever o resultado, apesar de a média das pessoas o poder fazer, não poderá ter lugar relativamente a ele qualquer censura, pois não é possível exigir-lhe outro comportamento (a previsão)”.

⁷²² CORREIA (1949), 376.

⁷²³ CORREIA (1949), 376-377.

puníveis que surgem como consequência adequada da sua conduta”⁷²⁴. Estas palavras revelam que EDUARDO CORREIA continua a ter em vista como fundamento da censura da culpa negligente a “não conveniente preparação da personalidade”⁷²⁵, no que incorre na crítica que CAVALEIRO FERREIRA endereça a EXNER de “querendo ver a essência da culpa naquilo que é a sua causa, substitui-se à culpa referida ao facto uma culpa de carácter, referida ao autor”⁷²⁶. O momento relevante para apreciar os pressupostos da previsibilidade e do dever de prever do sujeito em concreto na negligência não é o da constituição prévia da personalidade a partir do conhecimento da proibição em si, mas o momento da realização do facto típico ou, como veremos, da consciência dos sinais de perigo. Por outro lado, no caso de capacidades inferiores, EDUARDO CORREIA tem claramente em vista a capacidade do agente em concreto, que deverá poder cumprir o dever objectivo de cuidado e prever o resultado⁷²⁷, embora não reconheça a sua relevância já em sede de tipicidade. Aponta, assim, para o que virá a ser a redacção do artigo 15.º do Código Penal.

2. A recepção da dogmática pós-finalista da negligência em FIGUEIREDO DIAS e FARIA E COSTA

O enquadramento dogmático da negligência na teoria do crime da escola neoclássica, característico de ENGISCH, é abandonado por FIGUEIREDO DIAS a favor do pós-finalismo a partir das suas lições de 1977⁷²⁸. Manteve, porém, a sua “convicção de que o dolo e a negligência, ainda quando possuam elementos constitutivos que se possam considerar elementos do tipo de ilícito, revelam igualmente como tipos, formas ou graus de culpa e nesta sede encontram mesmo,

⁷²⁴ CORREIA (1963), 437.

⁷²⁵ *Ibidem*

⁷²⁶ FERREIRA (1981), 517. Para uma crítica à doutrina da culpa na formação da personalidade em geral veja--se BRITO (1984), 563 e ss.

⁷²⁷ *Ibidem*.

⁷²⁸ DIAS (77).

em certos casos, o seu critério definitivo de distinção”⁷²⁹. Em face do artigo 15.º introduzido pelo Código Penal de 1982 entende que “o elemento constitutivo do tipo-de-culpa respectivo é traduzido pelo artigo 15.º, na parte em que considera que age com negligência apenas aquele que não proceda «com cuidado que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que era capaz”⁷³⁰. Comenta interpretivamente que “está aqui verdadeiramente em causa um critério subjectivo e concreto, ou individualizante, que deve partir do que seria razoavelmente de esperar de um homem com as qualidades e capacidades do agente”⁷³¹. E daqui retira que “esta capacidade de cumprimento do dever objectivo de cuidado é o mais autêntico elemento configurador da censurabilidade da negligência e, assim, do seu conteúdo de culpa; o elemento – diria eu, dentro do quadro explicativo que reputo preferível – revelador de que no facto se exprimiu uma personalidade leviana ou descuidada perante o dever-ser jurídico-penal”⁷³².

Não é de pôr em causa a correcção interpretativa do critério individualizante do dever de cuidado, mas nos termos em que é formulado vale igualmente para o dolo e para a negligência, tal como o dever de cuidado a que se refere. É certo que no dolo essa capacidade é indiscutivelmente comprovada pela vontade de realização do tipo. E que na negligência inconsciente a sua demonstração passa pela averiguação dos pressupostos da cognoscibilidade. Mas é sempre capacidade individual da realização do tipo e não mera expressão de uma personalidade leviana ou descuidada.

A questão da distinção entre o tipo de ilícito e o tipo de culpa na negligência é retomada na formulação que FIGUEIREDO DIAS deu ao seu pensamento no estudo “Sobre o Estado Actual da Doutrina do Crime”⁷³³. Considera aí que “o conhecimento e a vontade de realização do tipo-de-ilícito

⁷²⁹ DIAS (1983), 69-70.

⁷³⁰ *Ibidem.*

⁷³¹ DIAS (1983), 71.

⁷³² DIAS (1983), 70.

⁷³³ DIAS (1991).

objectivo (o «dolo do tipo» ou o «dolo do facto») – correspondente aliás a uma das possíveis compreensões da categoria da finalidade – deve ser visto como elemento constitutivo do tipo-de-ilícito subjectivo doloso; enquanto a violação do dever objectivo de cuidado deve ser tida como elemento constitutivo do tipo-de-ilícito subjectivo negligente. Por outra forma não se dá resposta cabal e convincente às exigências de compreensão hoje postas por numerosos problemas da doutrina do crime. Mas, da mesma forma que – como é em geral reconhecido – a negligência não se esgota na violação de um dever objectivo de cuidado, também o dolo não se reduz ao conhecimento e vontade de realização do tipo-de-ilícito objectivo; antes, num caso como no outro, a estes elementos acresce uma autónoma atitude interior, um específico *Gesinnung* pessoal, que não podem ser retirados à culpa. No dolo trata-se do elemento que torna o conhecimento e vontade de realização do tipo-de-ilícito objectivo em expressão, documentada no facto, de uma atitude pessoal contrária ou indiferente à violação do bem jurídico protegido; na negligência, do elemento que torna a inobservância do dever objectivo de cuidado em expressão, documentada no facto, de uma atitude pessoal descuidada ou leviana face à violação do bem jurídico protegido”⁷³⁴. Para FIGUEIREDO DIAS o “dolo e a negligência são entidades complexas, englobando um conjunto de elementos constitutivos dos quais uns relevam ao nível do tipo-de-ilícito subjectivo, outros ao nível do tipo-de-culpa”⁷³⁵. Importaria, então, especificar quais são esses elementos constitutivos subjectivos diferenciados do dolo e da negligência, sendo certo que considera, na esteira de ENGISCH, que a violação do dever objectivo de cuidado é “denominador comum tanto das acções negligentes como das dolosas”⁷³⁶. Ora o único elemento subjectivo especificado nos textos atrás citados é o dolo, como “conhecimento e vontade de realização do tipo-de-ilícito”⁷³⁷ que é elemento constitutivo do tipo de ilícito. Falta determinar os elementos subjectivos constitutivos do tipo de culpa do crime doloso e os elementos subjectivos constitutivos do tipo de ilícito e do tipo de culpa do crime

⁷³⁴ DIAS (1991), 52-53.

⁷³⁵ DIAS (1991), 52.

⁷³⁶ DIAS (1991), 50.

⁷³⁷ DIAS (1991), 52.

negligente. Essa especificação só será feita por FIGUEIREDO DIAS mais tarde na sua obra sobre os *Temas Básicos da Doutrina em Direito Penal*⁷³⁸ e no volume primeiro da sua *Parte Geral*⁷³⁹ de que faremos mais adiante a devida apreciação crítica.

FARIA E COSTA tratou desenvolvidamente da dogmática da negligência na sua dissertação sobre *O Perigo em Direito Penal*⁷⁴⁰, escrita anteriormente ao *Tratado* de ROXIN, no contexto do artigo 15.º do Código Penal de 1982. FARIA E COSTA parte de uma teoria original de acção, que funda no cuidado originário como “núcleo estruturante da primeva relação onto-antropológica do cuidado-de-perigo no qual se fundam as comunidades humanas”⁷⁴¹. A acção em direito penal é, por consequência, concebida por ele como “uma manifestação comunicacional entre homens, mas comunicação destruidora de uma valorada relação de cuidado-de-perigo”⁷⁴². Por outro lado, entende que “a proposição (analítica) avançada, em ordem a integrar os diferentes planos em que o conceito de acção se reflecte, engloba o próprio omittere e mesmo a negligência inconsciente, afirmando-se, assim, como proposição defensora de um conceito unitário de acção”⁷⁴³. É particularmente significativo o modo como FARIA E COSTA justifica que se afastam das acções penalmente relevantes os movimentos reflexos, os movimentos praticados em estado inconsciente e os movimentos praticados em estado de «vis absoluta». Escreve: “E porquê? Pela razão bem simples e linear de que o acto comunicacional mesmo que se expresse nas suas formas mais primitivas, pressupõe que o ser-pessoa participe na relação comunicacional enquanto unidade de sentido, susceptível de manifestar intencionalidade, que o

⁷³⁸ DIAS (2001).

⁷³⁹ DIAS (2004).

⁷⁴⁰ COSTA (1992), 469-565.

⁷⁴¹ COSTA (1992), 655.

⁷⁴² COSTA (1992), 421-422.

⁷⁴³ COSTA (1992), 422-423. Para este autor “a incriminação por negligência gravita em uma área do agir comunicacional cujo traço dominante para a sua punibilidade penal reside na incontensão, imprevidência, exagero e excesso desse agir”, ao contrário do dolo, onde se desvirtua ou perverte a relação matricial onto-antropológica do cuidado de perigo, COSTA (1992), 472-473, nota 12.

«outro» reconhece como tal”⁷⁴⁴. Falta, porém, diríamos nós, especificar quais são as circunstâncias que no caso da negligência inconsciente permitem ao ser-pessoa participar na relação comunicacional. Haveria para isso que, na esteira de ENGISCH, desenvolver os elementos da cognoscibilidade como característica específica da negligência inconsciente, susceptível de manifestar aquela intencionalidade. Recortar o conceito de acção de uma prévia relação de cuidado-de-perigo permite compreender um aspecto importante da dogmática da negligência inconsciente, que a relaciona com a teoria de acção: a acção penalmente relevante começa com a negligência inconsciente e nesta a acção começa com a consciência do sinal objectivo de perigo, como veremos. FARIA E COSTA não diz tanto, mas o modo como trata as hipóteses de negligência inconsciente que discute a propósito “da definição do ‘quadro’ da violação do dever objectivo de cuidado”⁷⁴⁵, nomeadamente sobre a relevância do princípio da confiança nas acções negligentes, revela estar em jogo o próprio conceito de acção.

Uma hipótese de negligência inconsciente que FARIA E COSTA discute é a seguinte: “imaginemos que *A*, que segue à frente de *B*, na mesma faixa de rodagem, circulando à velocidade regulamentar, faz sinal luminoso indicativo de que vai virar à direita, o que o leva mesmo a travar ligeiramente o automóvel. Contudo, no último momento, *A* decide não virar e antes continuar na mesma direcção, dando até uma pequena guinada para inflectir no sentido do eixo da via, *B* perante todas as indicações anteriores, abranda ligeiramente, confiando, todavia, que nenhum obstáculo lhe vai aparecer de novo na via. Tal não acontece e bate violentamente no carro de *B* provocando-lhe a morte”⁷⁴⁶. Comentando esta hipótese “ muito embora fruto de acto de vontade – *B* faz o sinal para virar, mas, depois, decide-se a continuar em frente –, essa subjectiva intencionalidade

⁷⁴⁴ COSTA (1992), 421, nota 129.

⁷⁴⁵ COSTA (1992), 485. Este autor procura precisamente estabelecer um critério material de definição deste quadro da violação do dever objectivo de cuidado, obtendo a “densificação resolutiva” de tal critério na “valoração suscitada pelo caso concreto”.

⁷⁴⁶ COSTA (1992), 489.

desfaz-se no contexto objectivo da apreciação geral de toda a comunidade”⁷⁴⁷. E acrescenta: “Ao subverter-se o sentido dessa comunicação está-se, do mesmo passo, a subverter a relação comunicacional e, nesse preciso sentido, a ir contra facto próprio, o que desde logo afasta, não só a hipótese de responsabilidade, como também a hipótese de imputação originária da responsabilidade a A”⁷⁴⁸. Temos aqui um caso em que A não tem, por subversão da relação comunicacional estabelecida por B ao fazer sinal de virar à esquerda, sequer consciência de uma situação objectiva de perigo. Não chega portanto a haver a forma de acção da negligência inconsciente⁷⁴⁹.

Uma outra hipótese é aquela em que “D, ao conduzir o seu automóvel., segundo as regras de trânsito, é surpreendido pelo aparecimento inopinado de uma criança, que vem a morrer em virtude de choque com o carro”⁷⁵⁰. Segundo FARIA E COSTA, “aqui não houve comunicação. É a ausência total de conduta comunicativa”. Entendemos que, a partir dos próprios pressupostos de FARIA E COSTA, aqui não há acção. Concordamos quando diz que D “não pode ser responsabilizado por transformações do real verdadeiro, relativamente às quais não tem qualquer controlo dentro da objectiva contextualidade”⁷⁵¹. A responsabilidade aqui está excluída logo por falta de *qualquer* controlo, e portanto de acção, ainda antes de se pôr a questão da imputação objectiva do resultado por falta de previsibilidade, a que se refere FARIA E COSTA.

FARIA E COSTA reconhece citando FIGUEIREDO DIAS que no artigo 15.º do Código Penal a referência à capacidade do agente implica “um critério subjectivo e concreto, ou individualizante, que deve partir do que seria razoavelmente de esperar de um homem com as qualidades e capacidades do

⁷⁴⁷ COSTA (1992), 493.

⁷⁴⁸ COSTA (1992), 493-494.

⁷⁴⁹ FARIA E COSTA considera uma variação desta hipótese: “Se A, por exemplo, soubesse que quem conduzia o carro era um psicopata, de tendências agressivas” (COSTA (1992), 493). Concordamos com FARIA E COSTA em que, então “tudo seria diferente”. Com efeito, aqui haveria consciência de uma situação objectiva de perigo e cognoscibilidade.

⁷⁵⁰ COSTA (1992), 494.

⁷⁵¹ *Ibidem*.

agente”⁷⁵². No entanto, enquadra a matéria no âmbito da exigibilidade como critério de culpa, pelo que aqui valem as observações que faremos feitas acerca da doutrina de FIGUEIREDO DIAS.

3. A doutrina portuguesa na esteira de ROXIN. A posição de FIGUEIREDO DIAS

A doutrina de FIGUEIREDO DIAS sobre a negligência representa a adopção de um novo paradigma dogmático, que se deve considerar autónomo, não obstante retome muitas das teses defendidas por ROXIN e mantenha, contra ROXIN, embora apenas em parte, a doutrina do dever de cuidado de ENGISCH. FIGUEIREDO DIAS continua, tal como ENGISCH, a caracterizar a negligência como violação do dever de cuidado, não vendo qualquer dificuldade em seguir a definição legal de negligência, constante do artigo 15.º do Código Penal, como realização do facto que tem lugar por o agente “não proceder com o cuidado a que segundo as circunstancias está obrigado e de que é capaz”. Concede o argumento de ROXIN de que o mesmo se verifica no crime doloso, mas só formalmente. A autonomia do tipo de ilícito negligente estaria, para FIGUEIREDO DIAS, assegurada por se tratar da “violação de exigências de comportamento em geral obrigatórias cujo cumprimento o direito requer, na situação concreta respectiva, para evitar realizações não dolosas de um tipo objectivo de ilícito”⁷⁵³. Assim, por contraste com o crime doloso, no crime negligente a vontade não se dirige ao resultado ou à realização integral do tipo⁷⁵⁴. Para além desta caracterização negativa, haverá, contudo, ainda que especificar pela positiva quais são as exigências de comportamento que são especificamente violadas na negligência. A este propósito FIGUEIREDO DIAS começa por afirmar que tais exigências implicam outros tantos argumentos contra a redução do tipo objectivo negligente à acção, ao resultado e à relação de imputação objectiva deste àquela.

⁷⁵² COSTA (1992), 516 nota 103. Com referência a FIGUEIREDO DIAS (DIAS (1983), 71.

⁷⁵³ DIAS (2007), 35.º Cap., § 9.

⁷⁵⁴ DIAS (2007), 35.º Cap., § 35.

Em primeiro lugar, afirma, a questão da imputação objectiva do resultado nem sequer se põe nos crimes negligentes de mera actividade – como é o caso, no nosso Código Penal, do crime de condução de veículo em estado de embriaguês (cf. artigo 292.º). Em segundo lugar, em certos casos o legislador acrescenta à produção do resultado outros elementos caracterizadores do tipo de ilícito respectivo “v.g., em certos tipos de erro puníveis a título de negligência – nos quais releva, de certo modo, ‘para além do facto’, a violação de deveres de informação (cf. o artigo 16.º, n.º 3, relacionado com a 2.ª parte do n.º 1 e com o n.º 2) – ou mesmo em certos tipos de crime (v.g. artigo 351.º)”⁷⁵⁵. Por fim, e decisivamente, acrescenta, trata-se na negligência de normas de cuidado que servem concreta e especificamente o tipo de ilícito respectivo e que exprimem exigências de comportamento em geral obrigatórias para evitar realizações não dolosas desse tipo de ilícito na situação concreta respectiva (“segundo as circunstâncias”, nas palavras do artigo 15.º)⁷⁵⁶.

FIGUEIREDO DIAS especifica, a seguir, vários critérios concretizadores do cuidado objectivamente devido⁷⁵⁷. Assim, segundo afirma, a violação de normas jurídicas de comportamento constituirá indício, por excelência, de uma contrariedade ao cuidado objectivamente devido, mas não pode fundamentá-la definitivamente quando o perigo típico pressuposto pela norma jurídica falte no caso concreto⁷⁵⁸, ou quando, não obstante o cumprimento das normas jurídicas, “todavia, o conhecimento ou suspeita fundada de um perigo não considerado por

⁷⁵⁵ DIAS (2007), 35.º Cap., § 8.

⁷⁵⁶ DIAS (2007), 35.º Cap., § 9. Do nosso ponto de vista os dois últimos argumentos são decisivos, também porque respondem mesmo àqueles que pretendem substituir o critério da violação do dever de cuidado pela categoria da criação ou potenciação pelo agente do risco não permitido enquanto primeiro momento de análise da imputação objectiva.

⁷⁵⁷ Para FIGUEIREDO DIAS (2007), 35.º Cap., § 11 “cuidado objectivamente devido” significa o mesmo que “cuidado necessário no tráfico”, enquanto conceitos que apelam às capacidades da sua observância por um “homem médio”.

⁷⁵⁸ FIGUEIREDO DIAS (2007), 35.º Cap., § 21, dá, a este propósito, o exemplo, que vai buscar a ROXIN, do condutor que passa um semáforo vermelho num cruzamento com condições de plena visibilidade e quando as demais vias de acesso a esse cruzamento estão desertas. Neste caso, conclui, esse condutor não preenche o tipo de ilícito de ofensa à integridade se por força de óleo imperceptível na estrada perde o controlo e embate em dois transeuntes que estão no passeio.

aquelas obrigue a cuidados acrescidos. Assim, por exemplo, no caso de obras de construção em que são usados explosivos, o respeito pelos limites legais existentes da intensidade das explosões poderá não ser suficiente para acautelar o perigo que delas advém para casas antigas e em estado notório de degradação situadas nas proximidades, exigindo a observância de um cuidado acrescido na prática daqueles actos perigosos”⁷⁵⁹. Julgamos, porém, que, sem questionar a pertinência das críticas a ROXIN e da tese geral sobre a especificidade da norma de cuidado na negligência, essa especificidade ainda não ressalta claramente na hipótese por último referida e no exemplo apresentado. Desde logo, tanto a hipótese como o exemplo são integráveis na descrição de um crime doloso. A hipótese *específica* de negligência inconsciente seria, segundo a nossa perspectiva, a da mera cognoscibilidade do perigo para o agente⁷⁶⁰. Observação semelhante se poderia fazer acerca dos outros critérios concretizadores do cuidado objectivamente devido apresentados por FIGUEIREDO DIAS, nomeadamente as normas escritas, profissionais e do tráfego⁷⁶¹, a concreta “figura padrão” (ou modelo do homem fiel aos valores protegidos, prudente e consciencioso, de acordo com o círculo de actividade em causa)⁷⁶², o dever de

⁷⁵⁹ DIAS (2007), 35.º Cap., § 21.

⁷⁶⁰ Este ponto ilustra uma diferença de perspectiva fundamental entre a posição de FIGUEIREDO DIAS e a nossa própria acerca de quais sejam verdadeiramente os elementos específicos da negligência, designadamente na sua contraposição com o crime doloso. Enquanto FIGUEIREDO DIAS coloca a tónica dessa especificidade no elemento objectivo e na “violação de exigências de comportamento em geral obrigatórias cujo cumprimento o direito requer, na situação concreta respectiva, para evitar realizações não dolosas de um tipo objectivo de ilícito”, nós, diferentemente, acentuamos antes a especificidade do elemento subjectivo do tipo negligente, enquanto cognoscibilidade individual da realização do facto típico. Pensamos, aliás, que quando FIGUEIREDO DIAS refere que os diferentes critérios concretizadores da violação do dever de cuidado são meramente *indiciários*, acaba por reconhecê-lo implicitamente, pois, considerando os exemplos que dá, verifica-se que o que verdadeiramente vai condicionar a formulação do juízo de negligência é a previsibilidade ou cognoscibilidade da realização do facto típico.

⁷⁶¹ Cf. FIGUEIREDO DIAS (2007), 35.º Cap., § 18.

⁷⁶² DIAS (2007), 35.º Cap., §§ 19, 23, onde se acrescenta ainda que será de recorrer a esta figura “quando fáltem normas de cuidado objectivo escritas, jurídicas ou não, reguladoras da actividade respectiva”. TAIPA DE CARVALHO (2008), 527, que defende uma concepção do ilícito negligente próxima da de FIGUEIREDO DIAS, define o critério padrão como “o cuidado que seria adoptado pelo ‘homem consciente e cuidadoso’ do

informação ou esclarecimento sobre o risco em domínios altamente especializados⁷⁶³, o princípio da confiança ou da (auto-responsabilidade de “terceiros”)⁷⁶⁴.

Já a propósito da chamada negligência na assunção ou aceitação, reconhece FIGUEIREDO DIAS, porém, que ela “deve ser em definitivo afirmada reportando-a ao momento em que o agente assumiu ou aceitou o desempenho, *sabendo todavia, ou sendo-lhe pelo menos cognoscível, que para tanto lhe faltavam os pressupostos anímicos (espirituais) e/ou corporais necessários*”⁷⁶⁵. Reconhece o autor haver aqui “uma necessária co-determinação do dever objectivo de cuidado por elementos inevitavelmente pessoais-subjectivos”⁷⁶⁶. Mas, se a cognoscibilidade individual co-determina o dever objectivo de cuidado, então ela é elemento constitutivo do tipo de ilícito e este dever é tanto subjectivo como objectivo. Só uma concepção demasiado restritiva do tipo subjectivo da negligência leva FIGUEIREDO DIAS a considerar a cognoscibilidade do agente em concreto como exclusivamente pressuposto da culpa e a ter de negar, contraditoriamente, “dar-se nestes caso – de negligência na aceitação – uma inextricável confusão de elementos constitutivos do tipo de ilícito e do tipo de culpa negligente”⁷⁶⁷.

FIGUEIREDO DIAS acaba, porém, como ROXIN, por se afastar de ENGISCH ao não delimitar o dever de cuidado pelas capacidades da pessoa concreta quanto à evitabilidade e, parcialmente, quanto à cognoscibilidade. Em primeiro lugar afasta-se da tese de ENGISCH, quanto à evitabilidade, de que as capacidades e relações pessoais do obrigado influenciam a delimitação do dever de cuidado.

sector de actividade a que pertence o agente, ou seja do sector de actividade onde ocorreu o facto”, sem referir outros critérios concretizadores.

⁷⁶³ DIAS (2007), 35.º Cap., § 27.

⁷⁶⁴ O princípio da confiança, tratado por FIGUEIREDO DIAS no §§ 28 a 34 do Capítulo 35º, embora surja aí formalmente apresentado como princípio delimitador dos deveres de cuidado em caso de pluralidade de agentes, não deixa de ser, precisamente por isso, também ele um critério concretizador do cuidado objectivamente devido.

⁷⁶⁵ DIAS (2007), 35.º Cap., § 25.

⁷⁶⁶ DIAS (2007), 35.º Cap., § 26.

⁷⁶⁷ *Ibidem*.

Com efeito, FIGUEIREDO DIAS adota aqui a tese, de ROXIN, de que as capacidades inferiores à média não podem relevar no sentido de excluir a tipicidade do facto negligente, ao contrário do que acontece quanto às capacidades especiais ou superiores à média, que, para os mesmos autores, não podem deixar de conduzir à afirmação da tipicidade do comportamento que fosse evitável em razão delas⁷⁶⁸. A relevância das capacidades especiais ou superiores à média para afirmar a tipicidade é, naturalmente, sustentada pelos defensores do critério individualizador no tipo de ilícito, com base na tese de que o dever é limitado pelo poder (*ad impossibilia nemo tenetur*). Do nosso ponto de vista, porém, mais problemática é a tese da irrelevância das capacidades inferiores à média para excluir a tipicidade. FIGUEIREDO DIAS argumenta contra a tese contrária, dizendo que “com uma tal concepção sofreriam inexoravelmente a força normativa do direito e os bens jurídicos que a este cumpre proteger; o efeito prevenção tornar-se-ia em pura miragem”⁷⁶⁹. Não se vê, porém, como pode a norma influenciar preventivamente o comportamento de agentes que não têm capacidade para lhe dar cumprimento, nem como é diminuída a força preventiva da norma relativamente aos agentes capazes a que é aplicável, como já se disse.

Outro argumento referido por FIGUEIREDO DIAS é o de que “seria insustentável – logo de um ponto de vista preventivo e, portanto, segundo exigências político-criminais primárias – aceitar que o comportamento violador do dever objectivo daquele que não se encontre em condições pessoais de o

⁷⁶⁸ DIAS (2007), 35.º Cap., § 13-14. No mesmo sentido, seguindo ROXIN e FIGUEIREDO DIAS, CARVALHO (2008), 527-528. FIGUEIREDO DIAS (35.º Cap., § 15), adverte ainda, porém, que da relevância das capacidades superiores do agente para afirmar o preenchimento do tipo de ilícito não decorre que seja irrelevante a consideração de que o agente que detém essas capacidades nem sempre estará em condições de as prestar ou nem lhe será exigível que esteja sempre disponível para um rendimento máximo. Como afirma “a circunstância de se individualizar o critério do dever de cuidado relativamente a pessoas dotadas de capacidades especiais não ‘apaga’ ou ‘elimina’ [...] a questão da **culpa negligente** [...]: é em sede de tipo de culpa, não de tipo de ilícito negligente que tem de ser considerada a questão da exigibilidade relativamente ao agente dotado de especiais capacidades [...]”. Concluímos que para FIGUEIREDO DIAS a consideração das capacidades especiais superiores do agente ao nível da determinação do tipo de ilícito são, então, apenas as que o agente, em abstracto, detém, e não verdadeiramente as que na situação em concreto ele podia utilizar.

⁷⁶⁹ DIAS (2007), 35.º Cap., § 13.

cumprir pudesse ser considerado lícito e contra ele não pudesse, consequentemente, ser exercida uma acção defensiva (da vítima ou de terceiro, nomeadamente em legítima defesa) ou não fosse legítimo aplicar-lhe, em caso de perigosidade, uma medida de segurança”⁷⁷⁰. Ora, independentemente da questão de saber os limites do tipo de ilícito, sempre os comportamentos em causa seriam não culposos, pelo que também para FIGUEIREDO DIAS não seriam aplicáveis os limites normais da legítima defesa⁷⁷¹, não se afastando estes casos sensivelmente do regime do estado de necessidade. Acresce, decisivamente, que da conclusão de que o facto não é ilícito – e, portanto, que não pode ser objecto de legítima defesa – não decorre, necessariamente, a impossibilidade de contra ele opor uma acção defensiva, designadamente no âmbito da figura, geralmente perspectivada como causa de justificação supra-legal, do estado de necessidade defensivo⁷⁷². Também a questão da impossibilidade de aplicar, à luz do actual quadro normativo, uma medida de segurança, não deve ser resolvida com prejuízo do princípio *ad impossibilia nemo tenetur*, cabendo à ordem jurídica procurar evitar a perigosidade do agente através de outros meios ou, se entender ser preferível, através da própria alteração do actual quadro normativo das medidas de segurança, por forma a que as situações que agora estão em causa sejam aí consideradas.

Finalmente diz FIGUEIREDO DIAS que com a tese da relevância das capacidades inferiores na determinação do tipo de ilícito negligente “ter-se-ia acabado por pôr em causa a doutrina do *duplo escalão*”⁷⁷³; isto é, do “reconhecimento no facto negligente de um tipo de ilícito e de um tipo de culpa específicos”⁷⁷⁴. Pode considerar-se como uma explicitação desta última tese o argumento que FIGUEIREDO DIAS aduziu em 2001: “outra solução significaria um inadmissível esvaziamento do relevo da negligência a nível da culpa, que assim ficaria reduzida ao ‘puro juízo de censura’ típico da doutrina mais

⁷⁷⁰ *Ibidem*.

⁷⁷¹ DIAS (2007), 15.º Cap., § 30.

⁷⁷² PALMA (1984).

⁷⁷³ DIAS (2007), 35.º Cap., § 12.

⁷⁷⁴ DIAS (2007), 34.º Cap., § 11

ortodoxa da acção final: ao puro juízo de censura do qual faria parte a imputabilidade, a consciência (potencial) do ilícito, a exigibilidade; mas que não possuiria qualquer conteúdo de culpa *material* – muito menos podendo constituir um ‘tipo de culpa’ – e que, nesta medida, violaria irremissivelmente, como já deixámos explicado, o princípio da culpa”⁷⁷⁵. Do nosso ponto de vista é difícil contestar que haja duplo escalão – e, portanto, respeito pelo princípio da culpa –, quando se reconhece à culpa uma base material que abrange a imputabilidade, a consciência potencial do ilícito e a exigibilidade, que ficarão por averiguar depois do tipo de ilícito. O que FIGUEIREDO DIAS verdadeiramente contesta é que a base material da culpa negligente esteja correctamente descrita pela teoria que critica. Para este autor o tipo de culpa negligente exprime “uma atitude interna de descuido ou leviandade perante o Direito e as suas normas”⁷⁷⁶. Essa atitude seria afastada nos casos de impossibilidade pessoal de perceber ou de cumprir o dever objectivo de cuidado, bem como nos casos de inimputabilidade e de inexigibilidade, sendo, contudo, estranha ao facto negligente a questão da falta de consciência do ilícito. A doutrina do duplo escalão mantém-se mesmo quando se admite um critério individualizador, tanto da ilicitude como da culpa, desde que se entenda que o objecto do juízo de culpa, a falta de motivação pela norma de ilicitude, se distinga do objecto do juízo de ilicitude, a falta de conformação do comportamento pela norma de ilicitude. A admissão, por FIGUEIREDO DIAS, da consideração das capacidades do sujeito em concreto no tipo da negligência não é coerente, porque afinal apenas admite que sejam consideradas ao nível do tipo de ilícito as capacidades especiais superiores e por razões contrárias à tese geral da caracterização do tipo de ilícito como violação objectiva do dever de cuidado. Também não procede a caracterização da especificidade subjectiva do ilícito negligente como representação imperfeita (na negligência consciente) ou não representação da realização do tipo (na negligência inconsciente)⁷⁷⁷. O

⁷⁷⁵ DIAS (2001), 370 e (2007), 35.º Cap., § 13.

⁷⁷⁶ DIAS (2007), 36.º Cap., § 1. Como já pudemos perceber, para FIGUEIREDO DIAS é no tipo de culpa negligente que se averigua se o mandato geral de cuidado e previsão podia ser cumprido pelo agente concreto (cf., designadamente, 34.º Cap., §§ 4, 10).

⁷⁷⁷ DIAS (2007), 35.º Cap., §37.

“substrato normativamente relevante”⁷⁷⁸ na negligência inconsciente não é a “simples *ausência* de uma realidade psíquica”⁷⁷⁹. É, antes, o conjunto de elementos subjectivos que fundamentam considerar a realização do tipo como pessoalmente cognoscível e pessoalmente evitável para o agente. Ora, estes últimos elementos são admitidos por FIGUEIREDO DIAS apenas como constitutivos do tipo de culpa negligente⁷⁸⁰. Com efeito, segundo este autor, a materialidade da culpa negligente é a atitude de descuido ou leviandade documentada pela prática do facto, no pressuposto da capacidade do agente de prever o perigo e cumprir o dever de cuidado pelo que, por consequência, é uma questão irrelevante para a culpa inconsciente a falta de consciência da ilicitude e, em geral, a capacidade de motivação pela norma⁷⁸¹. Julgamos, porém, que a questão da materialidade da culpa é insuficientemente caracterizada por FIGUEIREDO DIAS. Por um lado, porque o pressuposto relativo à capacidade da prática do facto (de prever e de evitar) é pressuposto da ilicitude. Por outro, porque na caracterização de FIGUEIREDO DIAS falta o pressuposto específico da culpa que se relaciona com a motivação pela ilicitude. Em última análise, haveria que perguntar – embora decerto contra as intenções de FIGUEIREDO DIAS⁷⁸² – se

⁷⁷⁸ A este propósito FIGUEIREDO DIAS (2007), 35.º Cap., § 36, refere que não deve ser aceite a tentativa de reconduzir “o tipo subjectivo de ilícito a uma realidade psicológica ainda efectivamente existente na psique do agente”.

⁷⁷⁹ DIAS (2007), 35.º Cap., §37. É interessante notar que o próprio autor em 2004, na primeira edição do seu *Direito Penal*, referia que essa ausência na negligência inconsciente e representação imperfeita na negligência consciente bastavam para construir o “tipo subjectivo negligente” (DIAS (2004), 28.º Cap., § 30. Já em 2007, na 2ª edição da mesma obra (35.º Cap., § 37), considera que saber se tal é suficiente para que se possa falar de um verdadeiro tipo subjectivo é uma “questão puramente teórica” e que não precisa de ser decidida.

⁷⁸⁰ DIAS (2007), 36.º Cap., § 5.

⁷⁸¹ DIAS (2007), 36.º Cap., § 1-4. FIGUEIREDO DIAS considera, assim, esta capacidade individual de prever e cumprir o dever de cuidado como sendo o fundamento material da culpa negligente e, portanto, ao contrário de ROXIN, considera menos adequado do ponto de vista sistemático conceber a incapacidade individual como causa de exclusão da culpa (DIAS (2007), 36.º Cap., §8).

⁷⁸² FIGUEIREDO DIAS (2007), 36.º Cap., § 6, repudia “vivamente” a concepção da culpa como “capacidade de motivação pela norma” que considera inextrincavelmente ligada à questão do livre-arbítrio ou da liberdade da vontade em situação, chegando mesmo a considerar (2007), 34.º Cap., § 7, esta concepção responsável por ter sido posta em causa a relevância penal da negligência inconsciente, uma vez que supõe uma decisão consciente pelo ilícito.

a teoria da atitude não se reconduz à teoria da motivação, uma vez que, no momento do facto, dizer que não houve preocupação ou dizer que não houve motivação é equivalente, na medida em que, nesse momento, a motivação tem de passar pela preocupação.

Por último, FIGUEIREDO DIAS retoma ainda na sua exposição a doutrina de ENGISCH no sentido de que “segundo o critério ‘subjectivo’ (...) a medida do poder do agente é a que, segundo a experiência, caracteriza o seu tipo de homem”⁷⁸³, pondo, afinal, em questão não o poder real e concreto do agente na situação, mas ‘o poder dos outros *como* o agente’⁷⁸⁴. Já atrás nos pronunciámos sobre esta doutrina em ENGISCH⁷⁸⁵. Agora acrescentamos ainda que, em certo sentido, a questão do poder concreto do agente de evitar e de conhecer (quer o facto, quer a ilicitude) *não é mais* do que a questão do poder de uma pessoa com as qualidades pessoais do agente. *Não é mais*, contudo, apenas no sentido de que são os mesmos critérios científicos que permitem responder às duas questões da mesma maneira. Porém, é claro que tanto no ilícito como na culpa se trata do *poder do concreto agente* e não do *poder dos outros como ele*.

4. Teorias individualizadoras do crime negligente. As posições de TERESA BELEZA, MARIA FERNANDA PALMA e PAULA RIBEIRO DE FARIA

Ainda no âmbito da doutrina penal anterior ao Código de 1982, MARIA TERESA BELEZA segue uma orientação dogmática pós-finalista. Tal como STRATENWERTH, entende que “o tipo de crime negligente não é propriamente

⁷⁸³ Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS (2007), 36.º Cap., § 7 “o tipo de homem da espécie e com as capacidades e qualidades do agente”. O autor concretiza melhor este critério subjectivo (2007), 36.º Cap., §§ 10 e 12, acrescentando, mais à frente, que são insusceptíveis de fundar a culpa negligente – por impossibilidade pessoal de perceber ou de cumprir o dever de cuidado ou, nos crimes de resultado, por impossibilidade pessoal de prever o resultado e o processo causal essencial – “defeitos corporais, faltas de inteligência, de saber, de experiência ou de sensibilidade”. É que, no seu entendimento, nestes casos, ao contrário do que acontece com os defeitos de carácter, não “está presente uma qualidade juridicamente desvaliosa da pessoa e não pode, por isso, ver-se como fundamento do facto uma atitude de descuido ou leviandade perante o Direito e os seu comandos”.

⁷⁸⁴ DIAS (2007), 36.º Cap., § 7.

⁷⁸⁵ Cf. *supra* Parte I, Cap. I, 1.5.

dividido em tipo objectivo e tipo subjectivo; é um tipo com vários elementos - que são [...] um agente, uma certa actividade, a produção de um certo resultado nos crimes materiais e, fundamentalmente a violação de um dever de cuidado, que é analisada não só em termos médios e objectivos, mas concretamente em termos das capacidades subjectivas de quem age no caso concreto”⁷⁸⁶. São, portanto, a previsibilidade e a evitabilidade do resultado para o indivíduo em concreto que age de forma a causar esse resultado que decidem da violação do dever de cuidado na negligência⁷⁸⁷: “isto quer dizer – escreve – que a medida média da previsibilidade ou do cuidado exigível pode ser ultrapassada, ou ficar-se aquém dela”⁷⁸⁸.

MARIA FERNANDA PALMA trata, na esteira de JAKOBS, da relevância da evitabilidade para o próprio conceito de acção na negligência. Os chamados comportamentos negligentes, diz, “não revelam um projecto do sujeito, mas assumem-se como desvios indesejados de uma direcção inicial. Ainda são, porém, comportamentos voluntários, na medida em que poderiam ser evitados pelos seus autores se estes tivessem tido uma outra atitude no controlo das consequências dos seus actos. A evitabilidade é, com efeito, o limiar inferior da voluntariedade, ao exprimir um momento mínimo de escolha entre alternativas da acção”⁷⁸⁹. O conceito aqui relevante de evitabilidade deverá relacionar-se com o que a autora diz sobre a distinção entre os casos de automatismos em que há acção voluntária inconsciente e aqueles que devem considerar-se actos reflexos não voluntários. “A possibilidade – escreve – de a responsabilidade penal incidir em comportamentos inconscientes (os automatismos, o sonambulismo e a hipnose) é acentuada pela doutrina germânica na base da “dirigibilidade” inconsciente de uma conduta determinada pela experiência e que responde a uma situação típica de experiência ou de acessibilidade de uma intervenção consciente. A transposição da identificação da voluntariedade do acto concreto

⁷⁸⁶ BELEZA (1980), 573. MARIA TERESA BELEZA invoca igualmente FRAGOSO (1976), 240.

⁷⁸⁷ BELEZA (1980), 575-577.

⁷⁸⁸ BELEZA (1980), 576.

⁷⁸⁹ PALMA (2001), 16.

para um processo global de acção, dissolvendo-se a relevância dos actos concretos em comportamentos complexos, modifica profundamente as fronteiras da intervenção penal. Se, por um lado, esse passo parece ser exigível pela própria complexidade dos comportamentos numa sociedade tecnológica, o limite desse alargamento terá de ser buscado num momento adequado de opção do agente ou de possibilidade da sua intervenção contra-rotineira. Todavia, não se poderá confundir a identificação de um tal momento com um vago não cumprimento de deveres de cuidado, reduzindo-se o ponto de apoio comportamental da responsabilidade a essa hipotética violação de deveres numa fase longínqua. Para além do não cumprimento de deveres gerais de preparação ou de controlo anteriormente ao desempenho de condutas complexas, a acção penalmente relevante exige (mesmo a automática) pelo menos uma possibilidade efectiva de substituir o comportamento automático por um comportamento conscientemente dirigido, imediatamente antes ou durante a actuação do agente. Assim, se o agente conduz numa estrada em que foi derramado um produto escorregadio (ex: óleo) é necessário que tenha previsto ou podido prever antes de entrar nesse terreno que o pavimento estava naquele estado. Se o agente para se defender de uma mosca ou de uma abelha tira repentinamente as mãos do volante e deixa o carro guinar para a faixa contrária (provocando um acidente) parece ser possível afirmar que poderia ultrapassar conscientemente a cedência a uma reacção defensiva excessiva e incontrolada, se tivesse a possibilidade de prever que outros veículos viajavam na faixa contrária (limiar subjectivo da negligência inconsciente) ”⁷⁹⁰. Da citação acabada de fazer resulta que a autora considera a cognoscibilidade na negligência inconsciente como um limiar subjectivo necessário. Faltará, porém, especificar com mais detalhe as condições e objecto dessa cognoscibilidade e estender a análise para lá das hipóteses de comportamento “automático” que responde a uma situação típica de experiência ou de acessibilidade de uma intervenção consciente.

⁷⁹⁰ PALMA (1999), 541. Cf. PALMA (2001), 55 – 64.

MARIA FERNANDA PALMA representa, por outro lado, a primeira confrontação mais aprofundada da doutrina penalística portuguesa com os resultados da neurociência. Essa confrontação manifesta-se na obra publicada a propósito da relevância da neurociência para a querela do determinismo na teoria da culpa. Quanto a este ponto, invoca MARIA FERNANDA PALMA a posição de LIBET de que o estado da neurociência é compatível com uma concepção indeterminística, segundo a qual a consciência exerce uma função de controlo, que não é necessariamente condicionada por processos inconscientes antecedentes⁷⁹¹. Tendo em vista a acção intencional, LIBET encontra nela o poder de vetar a decisão de agir como uma característica autónoma que não precisa de ter o mesmo condicionamento inconsciente que conduziu à própria tomada de consciência. Considera MARIA FERNANDA PALMA que estas palavras “sossegam sem dúvida o jurista que formou o seu pensamento na convicção da liberdade pessoal justificativa da responsabilidade”⁷⁹². Num texto recente MARIA FERNANDA PALMA continua a defender o recurso às ciências como a psicologia e a neurociência⁷⁹³ e afasta a ideia de nos actos volitivos existir uma “cronologia temporal, em que surja, no início, uma fase de consciência ou uma representação intelectual que causa o impulso da vontade e este, por sua vez, a acção”⁷⁹⁴. Nos actos volitivos, escreve, “está antes em causa um processamento de fenómenos de adaptação à realidade, que selecciona representações armazenadas no cérebro como meio de resposta aos estímulos exteriores”; ou, mais à frente, quando diz “que existe no funcionamento do cérebro um modo de se sentir a si mesmo e de se reconhecer que se efectiva quando agimos. Não se trata da mera congruência de um estado de consciência com a acção mas de um processo de activação da possibilidade de reconhecimento de domínio de si na acção”⁷⁹⁵. Na continuação do estudo ocupa-se do elemento intelectual do dolo como forma de “limitar o

⁷⁹¹ Veja-se *infra* Parte II. I. 1. a nossa discussão do pensamento de LIBET.

⁷⁹² PALMA (2005), 49. Pensamos, porém, que faltou na análise de FERNANDA PALMA desenvolver as ligações destas consequências do pensamento de LIBET logo aos níveis da teoria da acção e do tipo de ilícito.

⁷⁹³ PALMA (2011), 80-81.

⁷⁹⁴ PALMA (2011), 77.

⁷⁹⁵ *Ibidem*. Como exporemos adiante, a “experiência do eu” como elemento da consciência foi um ponto especialmente acentuado por DAMÁSIO (*infra* nota 908).

âmbito de comportamentos reveladores de uma mesma intensidade de domínio de si e, por isso, susceptíveis do mais grave título de responsabilidade - o dolo”⁷⁹⁶. Deixa, portanto, em aberto quais são as formas de consciência, certamente não congruentes com a acção, que fundamentam a possibilidade de domínio do processo causal, que caracterizam a negligência inconsciente e que são objecto da presente investigação.

PAULA RIBEIRO de FARIA, por sua vez, toma posição a favor da relevância dos poderes e aptidões⁷⁹⁷ do agente na configuração do tipo de ilícito. Diz-nos, com efeito, em tese geral: “não nos parece possível prescindir das aptidões do agente no juízo final sobre a ilicitude da conduta, no juízo sobre o dever (e estas nem sempre são generalizáveis). Seguimos então STRATENWERTH e JAKOBS, e de uma forma geral a construção personalista, quando afirmam que, se, por princípio, basta o cumprimento da regra abstracta de cuidado que define o risco permitido para determinadas actividades, a definição última do que constitui uma violação do cuidado tipicamente relevante pertence ao direito penal, e será sempre tomada em função da valoração social das circunstâncias do caso concreto, onde se incluem os poderes e aptidões do agente”⁷⁹⁸. E, exemplifica: “se o piloto de aviões sabia e podia fazer a aterragem de emergência em condições de segurança, se o corredor de automóveis sabia e podia evitar o atropelamento da criança, se o médico sabia e podia salvar a vida do paciente, não basta a observância da regra abstracta de cuidado (tudo se passa como se essa regra não existisse), não chega o cumprimento de um parâmetro médio de cuidado, devendo a afirmação ou a negação do dever depender de um juízo de exigibilidade social tendo em conta o poder do agente de evitar o resultado (trata-

⁷⁹⁶ *Ibidem*.

⁷⁹⁷ Segundo PAULA RIBEIRO DE FARIA (2005), 932-933, nota 1476, “é na fronteira entre a capacidade e a aptidão que os autores objectivistas colocam a distinção entre a individualização do parâmetro de cuidado e a sua natureza geral e objectiva”. Para esta autora os objectivistas fazem, ao ter em conta as capacidades, uma individualização sob a capa de uma aparente objectivação.

⁷⁹⁸ FARIA (2005), 932-933. No mesmo sentido FARIA (2008), 728, onde acrescenta que “tem-se agora na mão todos os elementos de que depende o verdadeiro juízo final sobre a observância do dever de cuidado: as aptidões, os conhecimentos, a habilidade, o poder de cada um face às circunstâncias em que tem de actuar”.

se de atender ao que socialmente podia ser imposto naquelas circunstâncias concretas) ”⁷⁹⁹.

Para esta autora a inevitabilidade individual é critério de ilicitude não só nos casos em que a capacidade individual é superior, como naqueles em que é inferior à média. Assim, no exemplo “do cirurgião que devido à duração anormal da intervenção, acaba por cometer um erro, que na posse normal das suas faculdades não cometeria” ⁸⁰⁰, considera PAULA RIBEIRO de FARIA que “a valoração social da conduta não implica aqui a violação do dever, mas a exclusão dessa violação pela consideração do contexto da acção, do qual faz parte a diminuição do poder individual”⁸⁰¹.

Estas opções fundamentais de PAULA RIBEIRO de FARIA ⁸⁰² são integradas no seu particular entendimento de uma concepção personalista do ilícito negligente, a qual, defende, “só se pode entender como uma concepção objectiva do ilícito”, em que “o parâmetro subjectivo só vale na medida da sua contribuição para a definição do critério objectivo, que é o determinante”⁸⁰³.

⁷⁹⁹ FARIA (2005), 933-934, com outros exemplos.

⁸⁰⁰ FARIA (2005), 934-935 nota 1480, citando um exemplo antes dado por CRAMER.

⁸⁰¹ FARIA (2005), 934-935 nota 1480.

⁸⁰² Já no mesmo sentido as suas posições sobre o tipo de ilícito do crime de ofensa a integridade física por negligência em FARIA (1999).

⁸⁰³ FARIA (2005), 926. Mais à frente (926) a autora esclarece que objectivo, neste sentido, surge como “juízo acerca da adequação social ou inadequação social da acção”, em que “o ‘poder’ do agente apenas importa onde se deixe conformar com o critério do poder médio ou de exigibilidade social”. Por outro lado, no que se refere ao modo como são atendidos os factores subjectivos, a autora refere (911) que todos os factores do caso concreto, incluindo factores individuais, “funcionam *ab initio* como critérios de definição de exigibilidade social”, acrescentando depois (912) que se torna “difícil de aceitar a afirmação de um dever de cuidado ‘individual’ que posteriormente vem a ser corrigido por um critério social (ou um facto lícito que deixa de o ser), uma vez que o poder individual não pode ser senão um dos critérios definidores do socialmente atendível no caso concreto, não sendo de ter em conta onde diverja, ou se afaste, desse critério”. Mais à frente (936), numa formulação mais sintética, afirma ainda, no mesmo sentido, que “há uma inserção dos poderes individuais do agente num juízo objectivo” (de atender sempre que permitam afirmar a exigibilidade social da conduta). No mesmo sentido FARIA (2008), 729, ao dizer que “[...] onde o legislador se refere ao cuidado a que o agente está obrigado e de que é capaz, no caso concreto, não recusa, longe disso, a delimitação do dever por apelo ao poder individual do agente como critério de definição da sua ‘obrigação’ ou do seu ‘dever’”.

Seria assim de recusar a tese da concepção personalista do ilícito, “onde ela funcione como uma verdadeira concepção personalista do ilícito, isto é, onde se pretenda limitar o dever às hipóteses em que existe simultaneamente o poder de o reconhecer e de o cumprir”⁸⁰⁴.

Por outro lado, especificamente sobre questão de saber se é possível identificar um tipo subjectivo na negligência inconsciente, a autora conclui que “não é de admitir um tipo subjectivo do ilícito negligente”⁸⁰⁵.

⁸⁰⁴ FARIA (2005), 925. Quanto à observação feita pela autora, cumpre notar que a generalidade dos autores personalistas que cita – e de modo proeminente STRATENWERTH – não fazem depender o juízo de ilicitude do poder individual de reconhecer o dever (ao contrário dos defensores de um ilícito culposos), mas apenas do poder individual de o cumprir, o que passa apenas pelo poder de reconhecer a possível realização do facto típico. Por outro lado, também refutamos (cf., nomeadamente, *supra* Parte I, Cap. I, 5. e *infra* Parte I, Cap.IV, 1.2.3.) o principal argumento apresentado pela autora (925) para afastar o que designa por “verdadeira concepção personalista do ilícito”, traduzido no facto de supostamente conduzir a soluções inaceitáveis ao “desonerar o destinatário da ordem jurídica que por ser menos hábil, menos conhecedor ou menos capaz, não se mostra apto a cumprir com exigências mínimas de cuidado, comprometendo o desempenho de uma função de prevenção geral pela norma e a própria sobrevivência da sociedade”. Dai que PAULA RIBEIRO DE FARIA (2008), 729, ao defender a consideração dos poderes individuais como critérios interpretativos do dever objectivo de cuidado, sinta a necessidade de considerar que “em todos os casos onde o poder do agente não lhe permite atingir a medida do socialmente exigível no caso concreto não restarão dúvidas de que teremos um ilícito por assunção”. Quanto a nós, se houve ilícito por assunção depende do poder individual do agente no momento da assunção, pelo que a generalização pretendida não tem fundamento.

⁸⁰⁵ FARIA (2005), 901. Onde acrescenta que não é de admitir o tipo subjectivo de ilícito negligente, quer seja entendido como previsibilidade média, quer seja entendido como poder de prever do agente. Antes (857-858), a autora criticara já aquelas teses, que associa, na doutrina alemã, ao pensamento de STRUENSEE, segundo as quais o tipo subjectivo passaria a assentar “na representação dos factores de risco”, argumentado que esta solução “além de não permitir sempre a identificação de um tipo subjectivo de ilícito como conhecimento do tipo objectivo (o agente pode nem sequer representar os factores de risco, por exemplo, se não viu o sinal vermelho do semáforo), obriga a retirar o resultado deste tipo objectivo de ilícito, a não ser que se entenda que basta ao conhecimento do tipo por parte do agente um conhecimento parcial do ilícito [...]”. A mesma posição, parece-nos, é mantida em FARIA (2008), 724-725, onde a autora nos diz que “na verdade das coisas, muito lá no fundo, não nos parece ser possível demarcar a previsibilidade subjectiva da evitabilidade objectiva, o momento subjectivo da componente objectiva, no ilícito que é predominantemente uma criação de cariz objectivo e social” (725).

Ao contrário deste entendimento de PAULA RIBEIRO de FARIA, nós pensamos que, como mais à frente procuraremos demonstrar, o critério só deve ser objectivo no sentido de que depende da ordem jurídica e não do puro juízo individual, sendo subjectivo na medida em que deve atender ao poder individual do agente, que, por sua vez, depende das suas capacidades e das suas representações. Neste sentido, ao contrário do que actualmente defende esta autora, tal critério implica um tipo *subjectivo* de ilícito negligente⁸⁰⁶.

5. CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA: a negação da negligência inconsciente como categoria autónoma

CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA toma como ponto de partida a perspectiva de FARIA E COSTA, no sentido de considerar indispensável para uma “clara apreensão da estrutura do ilícito negligente e do conteúdo do dever de cuidado” a identificação de um critério material que permita definir o cuidado objectivo tendo em conta as circunstâncias que se reportam não apenas “à dimensão subjectiva do dever de cuidado”, mas também à própria “dimensão objectiva implícita no tipo de ilícito”. Considera, no entanto, que para tal é indispensável “identificar as coordenadas que permitirão integrar as circunstâncias concretas no comando abstracto sem prejuízo da segurança jurídica. Ou seja, uma matriz que seja operatória e que inclua nas variáveis a considerar aquelas capacidades individuais relevantes para o universo

⁸⁰⁶Que, aliás, já foi expressamente admitido pela autora em escrito anterior (FARIA (1999), §§ 17, 18). Por último, também ao contrário da autora (907-913), não achamos que ao ter em conta os poderes individuais no ilícito isso implique uma impossibilidade de distinguir entre ilícito e culpa no crime negligente, designadamente por força da dificuldade em distinguir um poder individual de natureza fáctica e um poder ético que se manteria na culpa. É que, diferentemente do que considera PAULA RIBEIRO DE FARIA, o que está em causa não é apenas, ao contrário do que afirma, a distinção entre “o poder de conhecer as suas limitações em termos de cumprimento do dever e o poder de reconhecer o dever (conhecer a ilicitude)”, mas também a distinção entre o poder de conhecer a realização do facto típico (relevante para efeitos de ilicitude) e o poder de reconhecer a norma e de se motivar por ela (relevante para efeitos de culpa), que se mantém mesmo tendo em conta os poderes individuais na análise da ilicitude.

contextualizante”. Em suma, continuando com as suas próprias palavras, “um modelo cibernético [...] um algoritmo que permita processar os dados de forma objectiva e controlável”⁸⁰⁷. No caso da negligência inconsciente, diz: “o que se pretende é a construção de um algoritmo, através do qual se encontre a resposta à questão: na situação *x* foi ou não violado o dever de cuidado?”⁸⁰⁸. Com base na teoria económica do direito, considera então o dever de cuidado “como um modelo de gestão de risco orientado para o nível mínimo admissível, a partir do qual se entra no espaço do ilícito”⁸⁰⁹.

Para a presente investigação interessa apenas o que CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA tem a dizer sobre o elemento subjectivo do tipo negligente, especialmente em relação com a negligência inconsciente. A este respeito entende que “o parâmetro de cuidado é objectivamente determinado e é sempre o mesmo”⁸¹⁰, mas que o modelo de cuidado que propõe encontra uma solução para o problema de adoptar um critério individual ou um critério objectivo para o cuidado a que cada sujeito está obrigado, que passa por “integrar as especiais características do agente na matriz de gestão de risco (v.g. através do cálculo das probabilidades de desfecho negativo), deixando os juízos sobre a cognoscibilidade das (suas) limitações para o momento da avaliação da culpa do agente”⁸¹¹.

Consideremos separadamente cada uma destas teses. Ao dizer-se que as especiais características do agente se integram no parâmetro de cuidado, através do cálculo das probabilidades do desfecho negativo, está-se a determinar apenas a probabilidade do resultado tal como é objectivamente fixada pelo legislador omnisciente. Nas palavras de CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, “não se trata de adoptar um critério individual para o cuidado a que cada sujeito está obrigado: o

⁸⁰⁷ ALMEIDA (2010), 24-25.

⁸⁰⁸ ALMEIDA (2010), 230.

⁸⁰⁹ *Ibidem*.

⁸¹⁰ ALMEIDA (2010), 266.

⁸¹¹ ALMEIDA (2010), 267.

parâmetro de cuidado é objectivamente determinado e sempre o mesmo”⁸¹². E ainda: “se perspectivarmos a negligência como uma incorrecta gestão do risco, uma errónea aplicação de uma matriz que engloba todos os elementos relevantes, esta construção dá-nos um referente objectivo para a medida de cuidado exigida a todos os destinatários da norma, independentemente das capacidades individuais”⁸¹³. Quando CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA, neste contexto, fala de cognoscibilidade, não se refere à cognoscibilidade do agente individual mas à cognoscibilidade do legislador omnisciente. “É o facto – diz – de haver um limite (geral) máximo que nos permite fixar a cognoscibilidade – e convém lembrar que sempre haverá um desfasamento entre os cálculos efectuados pelo legislador (ficcionalizado como omnisciente) e os efectuados pelo cidadão, cuja a abordagem do mal está condicionada por uma série de factores (intrínsecos e extrínsecos) de distorção; estes desvios não podem deixar de ser tidos em consideração”⁸¹⁴. Como tê-los em consideração, sem pôr em causa a pretendida objectividade do parâmetro de cuidado? Por esta última razão, haveria que considerar irrelevantes as variações de capacidade individual: “no âmbito da negligência do que se trata é de manter as acções dentro do parâmetro do risco normativamente estabelecido. Não se pode permitir um agente pouco dotado proceda de forma manifestamente perigosa para os demais (ainda que esse seja o “seu melhor”) e não se vê por que se exigiria que o agente com especiais capacidades preserve um nível de segurança superior ao do risco considerado permitido”⁸¹⁵. A única variação subjectiva de cognoscibilidade relevante será, então, a que marca “um limite mínimo segundo padrões de normalidade”, o qual “permitirá balizar a capacidade cognitiva, de modo a que abaixo desse mínimo o agente terá de ser considerado inimputável”⁸¹⁶. A admissão de um largo espaço de preenchimento do tipo pelo critério da violação do parâmetro objectivo de cuidado limitado subjectivamente apenas pela cognoscibilidade do legislador omnisciente e pelos casos de

⁸¹² ALMEIDA (2010), 266.

⁸¹³ ALMEIDA (2010), 270.

⁸¹⁴ ALMEIDA (2010), 275,

⁸¹⁵ ALMEIDA (2010), 274.

⁸¹⁶ ALMEIDA (2010), 275.

inimputabilidade levaria, porém, a resultados manifestamente inaceitáveis. Levaria, nomeadamente, a admitir negligência onde não há sequer acção, por falta de consciência do sinal objectivo de perigo ou por falta de consciência ou possibilidade de consciência da decisão de actuar num ou noutro sentido e, dessa forma, de cognoscibilidade individual da realização do facto típico, como explicaremos mais adiante.

Levaria, ainda, a admitir o preenchimento do tipo de ilícito negligente em caso de desconhecimento individual dos factores de risco. CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA evita estes resultados, por um lado, dizendo que nos casos de desconhecimento se aplica o regime geral do erro sobre o tipo⁸¹⁷ e, por outro lado, na medida em que admite que se o agente for desprovido das capacidades mínimas necessárias para poder exercer determinadas actividades dentro dos parâmetros de segurança exercidos, deverá abster-se de a exercer⁸¹⁸.

Sobre o regime geral do erro sobre os elementos do tipo, segundo o qual o dolo é excluído, subsistindo apenas a possibilidade de punir o agente a título de negligência, é nos dito que “a censura recua então até ao momento em que o indivíduo podia ter configurado correctamente a realidade (obtendo a necessária informação ou actualizando conhecimentos existentes) e todavia não o fez, estando essa ignorância na base do seu actuar descuidado”⁸¹⁹. CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA recorre aqui à distinção de JESCHECK – e que atrás referimos a propósito de ENGISCH, que a estudou em pormenor⁸²⁰ – e diz-nos que: “só no âmbito do cuidado interno as variações individuais se inscrevem no âmbito da tipicidade, e intervirão nomeadamente para efeitos de avaliação de possíveis erros sobre o tipo”⁸²¹. Temos, então, que a cognoscibilidade individual que fora afastada pela porta da violação objectivo do cuidado entra, agora, pela janela da censurabilidade do erro.

⁸¹⁷ ALMEIDA (2010), 35.

⁸¹⁸ ALMEIDA (2010), 271.

⁸¹⁹ ALMEIDA (2010), 35.

⁸²⁰ Cf., *infra*, Parte I, Cap. I, 1.2.1.

⁸²¹ ALMEIDA (2010), 274.

Quanto aos casos de negligência na assunção ou na aceitação, discutidos a propósito do condutor principiante que ainda não domina suficientemente a técnica de condução e em que o agente devia ter evitado assumir a actividade em condições para as quais não estava efectivamente preparado, é-nos dito que “os juízos sobre a cognoscibilidade das (suas) limitações” são deixados “para o momento de avaliação da culpa do agente”⁸²². Não se vê, porém, porque nestes casos a cognoscibilidade releva apenas ao nível da culpa quando nos de erro releva ao nível do tipo de ilícito.

O tipo subjectivo do crime negligente é ainda abordado por CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA quando defende a tese de que a distinção entre negligência consciente e inconsciente não tem qualquer relevância a nível do tipo penal. A este nível o que releva é que o agente “infringiu os limites do cuidado exigido e o fez consciente dos factores determinantes para o risco. É por isso que, se o agente interpretou mal os factos externos relevantes, ou ignorava algum deles, estamos perante o erro sobre o elemento do facto típico”⁸²³. Ora, nestes últimos casos se inscrevem, certamente, casos de negligência inconsciente, em que será relevante, segundo as afirmações atrás transcritas, a cognoscibilidade. Importaria, então, para uma análise do tipo subjectivo da negligência, determinar precisamente quais são os factores determinantes para o risco de que há que haver consciência, de quais desses factores ou de quais outros elementos há que haver cognoscibilidade, cumulativa ou alternativamente, para que se preencha o tipo de ilícito da negligência. Essa investigação, infelizmente, não é feita e assim fica cortada a possibilidade de distinguir a negligência consciente da inconsciente ou de fundamentar materialmente uma possível falta de distinção entre as duas.

CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA faz aqui uma distinção “entre duas espécies de negligência inconsciente: a negligência aparentemente inconsciente, aquela em que há conhecimento e ponderação dos riscos a nível da consciência periférica ou co-consciência [...] e a negligência efectivamente inconsciente, em

⁸²² ALMEIDA (2010), 267.

⁸²³ ALMEIDA (2010), 167.

que o indivíduo não chegou mesmo a aperceber-se dos riscos existentes por falta de informação”⁸²⁴. Seria preferível não falar de todo de negligência inconsciente quando há conhecimento e ponderação dos riscos ainda que a nível da consciência periférica ou co-consciência. A questão é obviamente considerada de somenos importância, uma vez que é invocado um argumento no sentido de que qualquer tentativa de distinção entre a acção consciente e inconsciente seria, à partida, malograda, por haver sempre simultaneamente elementos conscientes e inconscientes no processo de decisão seja na negligência seja no dolo. Pelo que “o problema da falta de consciência (ou co-consciência) não seria assim específico da negligência inconsciente pois verifica-se também em situações de dolo”⁸²⁵.

É esta a verdadeira razão da tese de que a negligência inconsciente é um “mito”⁸²⁶, uma “ficção”⁸²⁷. A tese pretende basear-se em estudos psicológicos de SLOVIC, KAHNEMANN, KLEIN e BAARS. SLOVIC distingue dois sistemas do pensamento orientado para a acção, um experiencial, que é orientado para a acção imediata através de associações de prazer e dor, de sentimentos de experiência passados, codificações da realidade, e outro analítico, que é orientado para a acção retardada, que procede logicamente, que avalia conscientemente os eventos, sendo ambos os sistemas interactivos. SLOVIC partiu da distinção de KAHNEMANN entre duas formas de função cognitiva, a intuitiva, na qual os julgamentos e decisões são feitos de modo rápido e automático (sistema 1), e a controlada (sistema 2), ocupando a intuição uma posição intermédia entre as operações automáticas da percepção e as operações deliberadas e racionais. O controlo exercido pelo sistema 2 sobre o sistema 1 é tal que o sistema 2 está envolvido em todas as acções voluntárias, incluindo aquelas que derivam de julgamentos intuitivos originados no sistema 1. As conclusões do sistema 1 são sempre filtradas pelo sistema 2 que nunca perde o poder de inibir a passagem à

⁸²⁴ ALMEIDA (2010), 177.

⁸²⁵ ALMEIDA (2010), 183.

⁸²⁶ ALMEIDA (2010), 162.

⁸²⁷ ALMEIDA (2010), 180.

acção. Finalmente KLEIN e BAARS permitiriam concluir que as decisões são sempre precedidas de um processo interior à margem da consciência, que todas têm componentes automáticos, mas igualmente que a abordagem intuitiva e imediata é sujeita a confirmação ou bloqueio antes de se traduzir em acção⁸²⁸. Destes estudos pretende CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA retirar que “a negligência inconsciente é, assim, uma ficção, pois não corresponde a qualquer realidade inscrita na natureza do nosso pensamento. Este inclui sempre um vasto contributo do inconsciente, pelo que a distinção é artificial: não há fronteira a dividir o consciente inconsciente no que toca ao processo decisório”⁸²⁹. Os estudos referidos, que haveria certamente que articular com a investigação fundamental de LIBET e de KOCH no domínio da neurociência⁸³⁰, restringem-se à acção em que há um processo de decisão controlado pela consciência, embora antecedido por elementos inconscientes. Trata-se, portanto, de casos que no campo do direito penal são de dolo. Ao acentuar que a função de controlo se processa através da consciência podem sugerir uma investigação do papel da consciência no controlo da acção inconsciente mas, para isso, falta uma fenomenologia da negligência inconsciente que CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA não empreende.

Outra conclusão que os referidos estudos comprovariam seria a de que “teremos de ser também responsáveis pelas nossas respostas automáticas, pois que não só podemos controlá-las no momento como reconfigurá-las previamente”⁸³¹. STRATENWERTH não teria razão quando, a propósito de um acidente em que o condutor travou bruscamente na auto-estrada durante uma tempestade para evitar uma lebre, diz que se o autor podia realizar a mesma acção de forma consciente, é possível falar-se de uma direcção final inconsciente. Diz CARLOTA PIZARRO DE ALMEIDA que “as conclusões da psicologia cognitiva vêm anular este argumento, na medida que apontam para a possibilidade de controlar os próprios

⁸²⁸ Seguimos de perto as próprias palavras da exposição de ALMEIDA (2010), 180-187.

⁸²⁹ ALMEIDA (2010), 191.

⁸³⁰ Cf., *infra*, Parte II, Cap. I, 1. e Parte I, Cap. II, 1.1.

⁸³¹ ALMEIDA (2010), 188.

automatismos”⁸³². Mais uma vez, porém, esquece-se que as únicas acções voluntárias que a psicologia cognitiva tem estudado são as acções conscientes, precisamente porque o controlo se processa através da consciência. Os automatismos, como demonstraremos mais tarde, podem ou não ser considerados acções negligentes inconscientes, dependendo de os elementos que os desencadearam serem ou não cognoscíveis.

Capítulo IV

Conclusão. A cognoscibilidade individual da realização do facto típico como tipo subjectivo específico do crime de negligência inconsciente

A investigação até aqui efectuada conduziu-nos à conclusão de que a cognoscibilidade individual da realização do facto típico constitui o elemento central de toda a negligência inconsciente. Não apenas no sentido de que constitui o seu único elemento *específico* – ou seja, que permite distingui-la das outras formas que pode assumir o tipo subjectivo –, mas, fundamentalmente, no sentido de que, neste campo, é à sua luz que tem já e em primeiro lugar de ser decidido qual o limite a partir do qual se poderá falar de acção em direito penal. O conceito de cognoscibilidade individual da realização do facto típico constitui, por isso, a porta de acesso ao próprio conceito de comportamento negligente, que a não ser ultrapassada impede a análise de ir mais além. Esta conclusão será reforçada através da reconstrução racional das demonstrações do carácter específico e essencialidade da cognoscibilidade individual da realização do facto típico, o que faremos já de seguida.

1. A reconstrução racional da tese de que a cognoscibilidade é o elemento específico da negligência inconsciente

A demonstração do carácter específico e da essencialidade da cognoscibilidade na negligência inconsciente foi já feita por ENGISCH em dois

⁸³² *Ibidem*.

passos: o primeiro passo levou-o da inevitabilidade ao dever de cuidado e o segundo do dever de cuidado à cognoscibilidade. Esta centralidade da cognoscibilidade como elemento caracterizador da negligência foi, posteriormente reafirmada por uns – como, por exemplo, o primeiro WELZEL, JAKOBS, SCHRÖDER, DUTTGE e HOYER – e negada por outros – designadamente por ROXIN, ARTHUR KAUFMANN, KÖHLER ou STRATENWERTH. A passagem da inevitabilidade à cognoscibilidade de ENGISCH é de manter, integrando-a, porém, numa reconstrução racional que corrija o enquadramento sistemático que ENGISCH lhe deu e que é tributário de uma sistemática que se deve considerar entretanto superada e que, além disso, integre os resultados da nossa crítica a ENGISCH e da nossa discussão e crítica dos autores posteriores.

1.1. Crítica e reconstrução racional da demonstração de ENGISCH

1.1.1. A manutenção do dever de cuidado como elemento do tipo de ilícito da negligência

ENGISCH parte da caracterização positiva da negligência como violação do dever de cuidado⁸³³. Reconhece, porém, que tal caracterização, embora verdadeira, não é específica da negligência. Assim, é verdade que, em certo sentido, se pode falar de violação do dever de cuidado tanto no crime doloso como no crime negligente e que em qualquer caso as formas de violação correspondem às formas de cuidado e estas às espécies de normas de ilicitude que se admitirem. Mas a classificação de formas de cuidado feita por ENGISCH pressupõe uma teoria de normas de ilicitude segundo a qual estas têm como objecto apenas o tipo objectivo. Assim, ENGISCH começa por considerar como duas formas de cuidado a omissão da actuação perigosa nos crimes de resultado por acção e a actuação exterior em situação perigosa nos crimes de omissão. Precisamente porque ENGISCH configura esses comportamentos como meramente objectivos, abstraindo da dimensão subjectiva da acção e da omissão, é que pode dizer que para si estas formas de cuidado são comuns quer aos crimes

⁸³³ Já demonstrámos atrás, contudo, que a análise do dever de cuidado a que ENGISCH procede para fundamentar esta e outras conclusões não é aceitável.

dolosos quer aos crimes negligentes de resultado, consoante sejam de acção ou de omissão. Se se adoptar, porém, o dogma finalista da acção como unidade de sentido de elementos objectivos e subjectivos, que só ela pode fundamentar juízos de ilicitude e ser objecto de normas de ilicitude, dogma que é hoje geralmente aceite, então há que distinguir a proibição da acção dolosa da proibição da acção negligente e, correspondentemente, o dever de cuidado de omitir uma acção dolosa perigosa do dever de cuidado de omitir uma acção negligente perigosa. O que caberá então observar é que a norma de cuidado é, então, nada mais do que uma reformulação da norma de ilicitude correspondente, que tem em conta as específicas determinações da acção que caracterizam diversamente o tipo subjectivo no crime doloso, por um lado, e no crime negligente, por outro. O comportamento cuidadoso comandado é então simplesmente o contrário do comportamento típico proibido. O mesmo haverá que dizer no crime comissivo por omissão, só que aqui o comportamento cuidadoso é uma acção em situação perigosa e o comportamento típico é a omissão dessa acção. Temos, portanto, que, neste sentido, a violação do dever de cuidado não é uma característica específica do crime negligente que acresce à descrição típica do comportamento, porque tanto no crime negligente como no doloso se pode dizer que temos deveres de cuidado de *diversa descrição* que se concretizam anteriormente à realização dos respectivos comportamentos típicos. Resta, contudo, saber como é que a violação do cuidado nos crimes negligentes se distingue da violação do cuidado nos crimes dolosos, que é o mesmo de dizer como se distingue o comportamento típico negligente do doloso. Trataremos esta questão a propósito dos dois passos seguintes da inquirição de ENGISCH sobre a especificidade da negligência: a análise da evitabilidade e a análise da cognoscibilidade. De todo o modo é mérito definitivo de ENGISCH a inclusão da matéria do dever de cuidado na negligência na teoria do tipo de ilícito.

1.1.2. Primeiro passo: a evitabilidade

A especificidade da violação do dever de cuidado na negligência está, antes de mais, na necessidade da demonstração autónoma da evitabilidade individual

na determinação dessa violação e, conseqüentemente, desta forma do crime. Com efeito, a evitabilidade individual do processo causal é inquestionável no dolo, na medida em que esse processo causal foi iniciado pela escolha dolosa da sua realização, em confronto com a possibilidade de escolha de evitar essa realização. A evitabilidade individual está, portanto, necessariamente implicada no crime doloso consumado⁸³⁴. Ora, no crime negligente, o processo causal que conduziu ao resultado não é originado num acto de escolha do agente entre produzir (ou aceitar produzir) e evitar o resultado, pelo que a questão da evitabilidade em concreto não está, portanto, necessariamente e logo à partida já respondida. Não havendo acção dolosa tem de se perguntar, separadamente, pela evitabilidade em concreto para que se possa imputar um qualquer resultado (a própria acção pode, nesta perspectiva, ser pensada como um resultado) a um sujeito individual. Na sua falta não se pode dizer que ele produziu esse resultado. É precisamente porque ele era para o agente evitável que se pode dizer que o resultado está na sua esfera de domínio, lhe pertence; que se pode falar de uma acção sua de o produzir. Pela mesma razão, na negligência, o dever de cuidado de não produzir o resultado depende essencialmente da verificação dos pressupostos da evitabilidade. Estas relações conceptuais são acentuadas por autores tão diversos como BINDING, ENGISCH, JAKOBS, DUTTGE e HART. As diferenças entre eles situam-se apenas na relevância que dão ou não a uma evitabilidade por parte do sujeito mais capaz, a averiguar separadamente em sede de ilicitude, e em tratarem ou não apenas em sede de culpa de todos ou de uma parte dos requisitos da evitabilidade para o sujeito em concreto. Assim, por exemplo, ENGISCH, como já vimos, considera que os elementos do sujeito em concreto condicionam a evitabilidade objectiva – entendida aqui como o conjunto das condições tidas em conta para o próprio juízo de adequação –

⁸³⁴ Com a evitabilidade individual está sempre também dada a evitabilidade em abstracto que é pensada como a evitabilidade para o indivíduo mais capaz, embora a inversa não seja verdadeira sempre que o processo causal que se realiza no resultado só seja evitável para um indivíduo com capacidade superior à do indivíduo relativamente ao qual se pergunta se o resultado é evitável.

portanto, a questão da ilicitude⁸³⁵, ao passo que a cognoscibilidade do sujeito em concreto e, nesse sentido, a evitabilidade individual, condiciona apenas a apreciação da culpa – apesar de o dever jurídico de atenção, que se relaciona com a cognoscibilidade, ser uma forma do dever de cuidado que integra o tipo de ilícito⁸³⁶.

1.1.3. Segundo passo: da evitabilidade à cognoscibilidade

Condição necessária da evitabilidade individual é, por sua vez, a cognoscibilidade individual da realização do facto típico. Esta, porém, está implicada na negligência consciente pela consciência ou representação da possibilidade de realização do tipo. Só na negligência inconsciente é que aquela cognoscibilidade tem de ser averiguada separadamente. *Ela é, portanto, o único elemento do tipo de ilícito que é específico da negligência inconsciente.* Importa, contudo, saber como pensar conceptualmente a relação entre o requisito da cognoscibilidade, específico da negligência inconsciente, e o dever de cuidado. A este propósito diremos que o dever de cuidado na negligência implica o dever de consciência ou representação da situação de perigo – a que ENGISCH preferentemente chamava dever jurídico de atenção – nos limites da cognoscibilidade individual⁸³⁷. Essa cognoscibilidade existe necessariamente na negligência consciente, posto que nesta há consciência da situação perigosa. Por isso, só na negligência inconsciente o dever de consciência ou representação depende da verificação autónoma (isto é, que não é implicada por outro pressuposto da negligência, como é a representação da possibilidade de realização do tipo na negligência consciente) da cognoscibilidade. Neste sentido a cognoscibilidade é o único elemento do tipo subjectivo que é específico da negligência inconsciente.

⁸³⁵ Cf. *supra* Parte I, Cap. I, 1.3.1 e Parte I, Cap. I, 2.5.

⁸³⁶ Cf. *supra* Parte I, Cap. I, 1.2.3.3. e Parte I, Cap. I, 1.3.2.

⁸³⁷ A violação desse dever de representação é apreciada através da demonstração da existência dos elementos necessários à afirmação da cognoscibilidade.

1.2. A aceitação da cognoscibilidade como elemento central da negligência pela doutrina posterior a ENGISCH

1.2.1. WELZEL

Apesar das sucessivas e profundas alterações que a doutrina de WELZEL sobre a negligência sofreu desde 1935, manteve-se constante a tese de que a previsibilidade para o sujeito em concreto é uma característica imprescindível da negligência inconsciente. As diferenças quanto a este ponto das várias versões da sua doutrina finalista resultam de diferenças na colocação sistemática deste requisito – no tipo de ilícito ou na culpa – e nas razões para tal aduzidas. Para o WELZEL de 1935⁸³⁸, a previsibilidade em concreto é uma condição da evitabilidade em concreto do resultado – através de um comportamento regulado finalisticamente pela vontade – e com ele da realização do tipo nos crimes negligentes. É ela que permite dizer que o curso causal e o resultado não evitados pertencem ao sujeito como acção e como obra suas. Esta mesma estrutura verifica-se na negligência inconsciente no estágio anterior, no momento em que uma situação de facto ôntica se apresenta conscientemente à vontade como fundamento ideal para orientar o seu comportamento futuro para possibilidades determinadas⁸³⁹. Tudo isto é, segundo WELZEL, “o claro achado ôntico, que representa o fundamento objectivo indispensável para a ordem jurídica e não pode ser substituído por uma vontade média fictícia ou por uma-pessoa-como-qualquer-outra”⁸⁴⁰. WELZEL separava então claramente a capacidade de acção da capacidade de culpa em todas as formas do dolo ou negligência. Em 1939, porém, passou a entender que na negligência inconsciente a falta de previsão finalista se reconduz a uma incorrecta tomada de posição valorativa do autor e que, por consequência, nela o tipo de ilícito está dependente da capacidade de culpa do autor, sendo assim inseparáveis culpa e ilicitude. Esta doutrina foi generalizada por WELZEL em 1947 para toda a negligência, mas era má doutrina, porquanto a incapacidade de culpa, como incapacidade de motivação normal pelo

⁸³⁸ Cf. *supra* Parte I, Cap. I, 2.1.

⁸³⁹ WELZEL (1935), 111.

⁸⁴⁰ WELZEL (1935), 111-112

dever através de uma decisão valorativa estruturante da personalidade, não exclui a capacidade de agir, que tem de reconhecer-se ao inimputável quando age, não intervindo apenas mecanicamente no curso causal⁸⁴¹. E se, a partir de 1961, WELZEL volta a acentuar a distinção entre o tipo de ilícito e a culpa em toda a negligência, consciente ou inconsciente, passa então a entender que “não é o dever mas a censurabilidade da violação do dever que é limitada pelos elementos subjectivos da falta individual de previsibilidade ou de sabedoria”⁸⁴². Para tanto, baseia-se na presunção de que o autor pode sempre omitir a acção final que não corresponde à acção materialmente correcta e devida. Mas esta presunção é, como vimos, manifestamente errada. Na verdade, a capacidade de omitir não tem limites diferentes da capacidade de agir; ambas são simultaneamente capacidade de agir ou omitir, que se pode verificar ou não. Isto é particularmente evidente na negligência inconsciente, em que a acção que realiza o tipo só pode ser omitida se houver previsibilidade da realização do tipo pelo sujeito concreto, previsibilidade essa que pode ou não verificar-se⁸⁴³.

1.2.2. JAKOBS

Para JAKOBS a cognoscibilidade está ligada à sua teoria funcional da norma penal, que para este autor é emitida pelo legislador para evitar determinados resultados pelos seus efeitos sobre a motivação dos seus destinatários. Neste contexto fala JAKOBS da evitabilidade como “a força hipotética de um motivo de evitar”⁸⁴⁴. O que é hipotético e exigido pela norma é a dominância do motivo de evitar. Pressuposto da norma é o poder de evitar, que implica o poder ou força actual e não hipotética, de tornar dominante o motivo de evitar, que se verifica com a cognoscibilidade para o sujeito de que a evitação do resultado está no seu actual poder. Nas palavras de JAKOBS já citadas: “se a norma de comportamento se concretiza de modo a que o autor individual deve evitar determinados

⁸⁴¹ Cf., *supra*, com mais desenvolvimento sobre a evolução de WELZEL entre 1939 e 1961, Parte I, Cap. I, 2.1.

⁸⁴² WELZEL (1961), 340-341.

⁸⁴³ Cf., *supra*, Parte I, Cap. I, 2.4.

⁸⁴⁴ JAKOBS (1972), 48, 64.

resultados que ele pode evitar, então o dever de evitar é constituído pelo poder conhecer do agente – independentemente do seu motivo de evitar. Esta cognoscibilidade (ou conhecimento dado) não se relaciona, porém, com algo normativo, a norma de comportamento, mas com a verificação do resultado”⁸⁴⁵. Estas posições de JAKOBS que, no essencial, retomam as do primeiro WELZEL, procurando integrá-las numa teoria normativa mais ampla, mas de modo a manter as teorias da evitabilidade e da cognoscibilidade desde logo ao nível do tipo de ilícito, opondo-se às teses da inseparabilidade da ilicitude e da culpa na negligência, foram integradas depois pelo autor no seu original sistema funcionalista.

Na sua formulação posterior JAKOBS caracteriza a negligência duplamente, de forma negativa como falta de conhecimento da realização do tipo, isto é, como erro⁸⁴⁶ e, positivamente, como cognoscibilidade da realização do tipo ou evitabilidade do erro⁸⁴⁷. Só quando as circunstâncias pertencentes ao tipo legal de crime forem cognoscíveis para o autor se pode afirmar uma actuação negligente. JAKOBS distingue ainda a negligência, como tipo subjectivo do ilícito, caracterizado como cognoscibilidade da realização do tipo, da acção negligente, que constitui um acto ilícito porque a realização do tipo cognoscível era evitável (a evitabilidade inclui-se no conceito de acção tanto no dolo como na negligência). Esta distinção de JAKOBS entre a cognoscibilidade individual como característica do tipo subjectivo do ilícito e evitabilidade individual como

⁸⁴⁵ JAKOBS (1972), 64-65.

⁸⁴⁶ Como vimos atrás (cf. *supra* Parte I, Cap. I, 3.1.), este erro pode assumir, para JAKOBS, duas formas: na negligência inconsciente o agente nem sequer representa a realização do tipo como real ou não; na negligência consciente representa a realização do tipo positivamente “como não real, no sentido de improvável”, quando efectivamente o é, no sentido de que é provável. Importa também lembrar que, para este autor, quando o erro se deve a um defeito cognitivo, que conduz a não representação da realização do facto típico, ou tenha na sua base uma atitude de indiferença para com essa realização, deve considerar-se haver dolo indirecto porque nesses casos de “negligência dirigida” não se justifica a atenuação da pena, que é característica da negligência.

⁸⁴⁷ Para JAKOBS também no caso da negligência consciente se deve falar em cognoscibilidade da realização do facto típico, porquanto era para o agente cognoscível que era provável a sua realização – que, no entanto, foi representada por ele como improvável.

característica da acção negligente é, contudo, difícil de conceber, uma vez que a evitabilidade individual depende da cognoscibilidade individual. A dificuldade será mais facilmente superável se se negar a autonomia de um conceito de acção negligente anterior ao conceito complexo de acção típica negligente. Com efeito, no sistema funcionalista de JAKOBS do *Tratado* já nada resta do conceito de WELZEL de acção finalista como uma estrutura ontológica pré-jurídica, no sentido de que não depende do direito e deve antes ser pressuposta pelas valorações deste. Agora a acção é pensada como o máximo e único denominador comum de todos os tipos de crime comissivos, que JAKOBS descreve como a causação de resultado típico individualmente evitável, considerando como resultado quer a mera actividade corporal quer as consequências desta⁸⁴⁸. O tipo subjectivo, como conjunto de elementos psíquicos que, na forma de dolo ou de negligência, condiciona a evitabilidade individual, condiciona por isso mesmo o tipo objectivo. JAKOBS reconhece que por esta razão o tipo subjectivo (e, portanto, a cognoscibilidade na negligência inconsciente) precede logicamente o tipo objectivo. Nós diríamos que precede logicamente porque precede causalmente. Mas como, em JAKOBS, a evitabilidade é relativa à realização do tipo objectivo, este autor considera praticamente inevitável seguir a ordem tradicional, que trata primeiro do tipo objectivo – comum aos crimes dolosos e negligentes – e só depois do tipo subjectivo – como dolo ou como negligência⁸⁴⁹.

JAKOBS entende ainda incluir na teoria do tipo objectivo uma teoria da imputação objectiva que, como já vimos, não tem em conta os elementos do sujeito em concreto mas apenas os elementos do sujeito enquanto portador de um determinado papel ou função social. Na sua concepção a norma visa garantir as expectativas sociais em relação aos detentores de uma determinada função, o que só pode ser alcançado se o sujeito que se considera, para efeitos de imputação objectiva do ilícito, for considerado não como é mas como deve ser enquanto detentor dessa função. Por consequência, no caso de capacidades inferiores às esperadas do titular da função, há, para JAKOBS, lugar à imputação objectiva do

⁸⁴⁸ JAKOBS (1991), §6 n.º 67-68.

⁸⁴⁹ JAKOBS (1991), §6 n.º 68.

ilícito. Já no caso de capacidades superiores, este autor não imputa o resultado acima da responsabilidade funcional do sujeito, invocando aí o risco permitido. Não se vê, porém, como pode a norma *garantir* expectativas sociais para além das capacidades reais dos seus destinatários. Isso é, aliás, implicitamente reconhecido pelo próprio JAKOBS, ao negar num segundo momento a imputação subjectiva aos sujeitos de capacidades inferiores. Nesta hipótese, JAKOBS deveria reconhecer que, segundo os seus próprios pressupostos, não há evitabilidade (e na negligência inconsciente não há cognoscibilidade), pelo que também não pode haver acção típica. Que sentido tem uma norma da ilicitude que não visa regular as acções que descreve? E, quanto aos sujeitos detentores capacidades superiores, JAKOBS acaba por fazer a norma garantir menos expectativas do que pode garantir em função dos interesses que visa defender. Uma interpretação teleológica das normas de ilicitude deverá, nesta última hipótese, conduzir a abranger os autores na medida das suas superiores capacidades, como bem entendia ENGISCH, que neste ponto é acompanhado pela doutrina dominante⁸⁵⁰.

Por outro lado, o argumento de JAKOBS sobre a impossibilidade prática de tratar em primeiro lugar da evitabilidade individual e, portanto, da cognoscibilidade individual, como características da acção negligente, está ligado à sua teoria da imputação objectiva, que supõe um sujeito normativo motivado predominantemente pelo direito e com as capacidades essencialmente exigidas pela sua função ou papel social. Já atrás criticámos no seu fundamento teórico e nos seus resultados práticos esta concepção de JAKOBS. Não se nega que a evitabilidade e a cognoscibilidade individuais de que depende a existência de uma acção negligente se determinam por relação a um tipo objectivo definido na norma de ilicitude. Mas a existência de uma acção típica negligente de certa descrição é precisamente o primeiro elemento a averiguar na aplicação da norma da ilicitude e na análise da tipicidade. Não quer isto dizer que se justifique averiguar da aplicação de um conceito abstracto de acção anterior à averiguação da aplicação do conceito de acção típica. O que é aqui decisivo é que qualquer

⁸⁵⁰ Cf. ROXIN (2006) § 24, n.º 57; e § 24, n.º 61-65, que refere a posição de JAKOBS como a de um autor isolado (nota 95).

conceito de acção típica pressupõe um conceito de acção rico de conteúdo, do qual resulta que na negligência inconsciente tenha de haver cognoscibilidade individual para se poder falar de acção típica. Ora, a questão da existência de uma acção típica precede logicamente a da imputação objectiva do resultado dessa acção. Ao defender que não há um conceito de acção pré-jurídico anterior ao conceito de acção típica, JAKOBS parece alinhar com aqueles autores que iniciam a teoria do crime com a teoria do tipo, em vez da teoria da acção, por entenderem que não há um conceito de acção comum aos conceitos típicos de acção dolosa, de acção negligente, de omissão dolosa e de omissão negligente. Mas a verdade é que JAKOBS defende um conceito de acção como “causação de resultado típico individualmente evitável”, abrangente de todos os tipos de crime comissivos dolosos ou negligentes, e um supraconceito de comportamento como “evitabilidade de uma diferença de resultado” (como seja, no homicídio, a diferença entre a vida e a morte) abrangente quer da acção, quer da omissão. Ora, este conceito de evitabilidade de uma diferença de resultado é um conceito comum a todos os tipos de crime que necessariamente integra a base da valoração da tipicidade. Para servir como base de uma valoração tem de poder ser compreendido e determinado independentemente dessa valoração. Neste sentido é um conceito da vida social anterior ao direito e inteligível sem ele. A sua escolha por JAKOBS não é arbitrária, antes pressupondo a aceitação por este autor das regras da vida social e da linguagem. Assim, é porque uma certa diferença de resultado é evitável que se pode dizer que essa diferença está no poder de um sujeito pessoal (isto é de uma pessoa): que lhe é atribuível como acção sua. Trata-se de conceitos da vida social a que as várias ordens e práticas normativas (direito, moral social, ética, etc.) se referem. Se os conceitos de acção e comportamento não fossem susceptíveis de compreensão e definição independentes do direito, não poderiam servir de base de valorações do mesmo. Neste sentido são anteriores ao direito e é por o serem que o direito pode remeter para eles. Não são anteriores no sentido de que deles se parta para o direito, antes pelo contrário, parte-se do direito para eles no processo de aplicação do direito. Há, em suma, que concluir que o funcionalismo do último JAKOBS não dispensa

os seus anteriores conceitos de base fenomenológica que recebera do primeiro WELZEL.

1.2.3. SCHROEDER

Também para SCHROEDER a cognoscibilidade da realização do tipo é o elemento específico da negligência inconsciente, segundo o princípio geral de que “realizações do tipo conhecidas ou cognoscíveis na sua possibilidade podem ser evitadas, e cada um tem dever de ao agir aplicar as suas forças de conhecimento para conhecer a possibilidade de realização do tipo e assim obter a possibilidade de a evitar”⁸⁵¹. Vimos que SCHROEDER distingue entre pressupostos fundamentais da cognoscibilidade da realização do tipo (cognoscibilidade da situação de facto, previsibilidade da acção própria e das acções dos outros e das suas consequências) e factores de cognoscibilidade (meios de conhecimento, tempo, ocasião). Há, porém, que questionar dois pontos fundamentais da sua análise: em primeiro lugar, SCHROEDER não exige consciência das circunstâncias de facto que são a base da cognoscibilidade, que não chega sequer a especificar. Argumenta que, a fazer-se tal exigência, o cidadão cuidadoso seria tratado mais duramente que o indiferente. Este argumento esquece, contudo, que o cuidado aqui relevante consiste na representação do perigo, e que tanto o cidadão atento como o desatento faltam igualmente ao cumprimento do dever de representação, não se podendo dizer que essa falta é mais grave por parte do desatento. O argumento não pode superar o facto de a previsibilidade do perigo ser condicionada pela consciência dos sinais desse perigo. E há que ter em conta que a consciência de uma actual distracção pode ser considerada consciência de um sinal de perigo, e que a consciência de um hábito de distracção também pode fundamentar uma negligência na aceitação.

Em segundo lugar, a determinação dos pressupostos e dos factores de cognoscibilidade é feita por SCHROEDER segundo um critério duplo: geral e

⁸⁵¹ SCHROEDER (1994), § 16, n.º 127.

individual. O critério geral seria relevante em sede de ilicitude. Para este autor, haverá que fazer anteceder à consideração das capacidades individuais, que sempre será, em última análise, relevante em sede de culpa, a definição de um critério objectivo, que, segundo SCHROEDER, tem a importante função de estabelecer padrões de comportamento, cuja interiorização é necessária para a prevenção geral positiva. Como consequência da defesa de um critério objectivo, considera que não devem ser tidas em conta na apreciação da cognoscibilidade as capacidades especiais acima da média. O seu argumento é o de que a inclusão de capacidades especiais no juízo da negligência necessariamente paralisa de forma inconveniente medidas espontâneas para evitar o resultado.

SCHROEDER reconhece, porém, que as capacidades especiais tendem a transformar-se em dever através da formação de círculos de tráfego diferenciados pela obrigação de utilizar essas capacidades especiais. Esta diferenciação segundo círculos de tráfego deverá fazer-se não só para cima, mas também para baixo em círculos de tráfego com exigências de cuidado diminuídas. Aqui SCHROEDER defende que quando não há conhecimento em virtude de deficiências imutáveis de factores de conhecimento, entre os quais se incluem as incapacidades individuais de conhecer, não faz sentido postular a ilicitude do não conhecimento. É certo que, nestes casos, afirma que a cognoscibilidade da realização do tipo para o autor só deixa de existir no caso de aparecimento inesperado de incapacidade de conhecer (fadiga inesperada ou aflição súbita com o perigo, da parte do condutor por exemplo) e que, nos outros casos, a deficiência imutável é conhecida, pelo que haverá aceitação negligente de actividade. Mas nestes dois casos aplica-se um critério individual. Todas as restrições que, assim, SCHROEDER admite a um critério geral objectivo da ilicitude na negligência justificam-se, porém, pelo princípio que justifica o critério individual: a necessária limitação do dever pelo poder individual de agir de outra maneira.

O argumento da necessidade de interiorização do critério objectivo para a prevenção geral não procede, como já se disse, porque a interiorização do dever faz-se independentemente das ocasiões em que o mesmo se concretiza, que são

aquelas em que ele pode individualmente ser cumprido. O argumento de SCHROEDER não distingue entre o âmbito de aplicação da norma, que abrange todos os comportamentos que são possíveis para o mais capaz dos seus destinatários, e a sua concretização no dever individual, que é delimitado pela capacidade do indivíduo destinatário. A prevenção geral positiva tanto se efectiva através da interiorização do desvalor objectivo de resultados, como o dano ou o perigo de bens jurídicos, desvalor que é independente da capacidade individual de o evitar, como através da interiorização do desvalor de comportamentos, desvalor que, na sua concretização, depende da capacidade individual de escolha de um comportamento em vez de outro. O legislador deseja evitar certos resultados, mas só faz sentido que comande evitá-los na medida das possibilidades de cada um.

Por outro lado, também a tese de que a inclusão de capacidades especiais (acima da média) no juízo da negligência necessariamente paralisa de forma inconveniente medidas espontâneas para evitar o resultado não procede, pois não há nenhuma prova de que a aquisição de capacidades e conhecimentos seja desincentivada pelo acréscimo de responsabilidade que acompanha essa aquisição. Pelo contrário, é mais razoável admitir que se a responsabilidade não acompanhar a capacidade haverá menos motivação para o pleno exercício da capacidade.

1.2.4. DUTTGE

Vimos atrás que também para DUTTGE o único critério genuíno e específico da negligência é o da cognoscibilidade individual da realização do facto típico e ilícito. É certo, como admite, que se se entender este critério “como ‘um momento puramente intra-psíquico’, nomeadamente no sentido de que a pessoa não tem de prever ‘um resultado ilícito mas que possuir a capacidade intelectual de o prever’ (RADBRUCH), então poderia levantar-se contra este critério a justa objecção de uma amplitude sem limite, o que necessariamente afectaria a sua

prestabilidade”⁸⁵². Esta crítica é ultrapassada por DUTTGE através da introdução de uma delimitação normativa decorrente da construção de um dever de prever quando se verifique a denominada “ocasião certa”. Assim, segundo DUTTGE, para a afirmação do desvalor da acção negligente, decisiva é “a *evitabilidade concreta* do resultado lesivo”⁸⁵³, o que pressupõe que a cognoscibilidade individual do processo perigoso se fundamente numa ocasião apropriada a essa cognoscibilidade; ou seja, na sua terminologia, numa “ocasião certa”.

Através do seu conceito tipológico de negligência DUTTGE pretende fixar, de uma vez por todas, as características relevantes, entendidas como categorias de percepção, comuns a todos os indicadores de perigo que integram, quando atingida uma certa média aritmética (2 ou menos) dos valores daquelas características, a ocasião certa, como meio de delimitar a cognoscibilidade como característica geral da negligência punível. DUTTGE pretende que a concretização por espécies de precedentes, que resulta da sua extensa análise da jurisprudência alemã da negligência, pode ser mais rigorosamente, e mais correctamente quanto ao resultado, substituída por uma figura de medida, o seu perfil aritmético de características. Ora, nada se ganha e muito se pode perder, se não mesmo o essencial, com o assim proposto abandono da metodologia tradicional. Remetemos aqui para a demonstração que fizemos atrás⁸⁵⁴ de que a discussão circunstanciada da valoração da ilicitude em cada espécie de casos, que se faz tradicionalmente através da determinação de conceitos à partida vagos como os de dever de agir, evitabilidade, cognoscibilidade, risco não permitido, não pode ser substituída pela aplicação, só aparentemente simples, de uma fórmula aritmética. Isto em nada diminui os grandes méritos de DUTTGE ao delimitar os casos de cognoscibilidade relevantes em função de categorias de percepção com base na psicologia cognitiva, ou numa certa versão desta última⁸⁵⁵. Mas como também já observámos, a recepção que DUTTGE faz da psicologia cognitiva

⁸⁵² DUTTGE (2003-2), n.º 108.

⁸⁵³ DUTTGE (2003-2), n.º 120

⁸⁵⁴ Cf. *supra* Parte I, Cap. I, 6.6.

⁸⁵⁵ Como o já referido estudo de RUPPERT, HIRSCH e WALDHERR, sobre os perigos no local de trabalho.

deixa de fora muitos dos desenvolvimentos desta última e das ciências conexas como a neurociência, que mais directa relevância tem para o estudo da cognoscibilidade e, conseqüentemente, da negligência inconsciente. O conceito de percepção dos indicadores de perigo que adopta deixa de fora o possível juízo de previsão, que é essencial para a cognoscibilidade quer do perigo quer da realização do facto típico, pelo que não tematiza a relação entre o juízo de previsão e outros elementos do sujeito. É certo que DUTTGE considera a probabilidade do perigo como uma das categorias da percepção, mas o que é relevante para a cognoscibilidade é o juízo subjectivo de previsão e não a probabilidade objectiva.

Em geral pode, pois, dizer-se que DUTTGE desloca o substrato ontológico em que pretende ancorar a negligência do comportamento do sujeito para as circunstâncias objectivas do mesmo. É assim que se serve de categorias de percepção para classificar os indicadores de perigo que lhe permitem determinar a ocasião certa, mas, com isso, em vez de as relacionar directamente com a cognoscibilidade do sujeito, relaciona-as directamente com os indicadores de perigo. Ora, se a evidência, a acessibilidade, a codificação e dependência da perceptibilidade de terceiros se podem relacionar quer com o sujeito quer com o sinal de perigo, já o momento/duração/regularidade, probabilidade de colocação em perigo e consequência danosa assinaladas se relacionam exclusivamente com os indicadores de perigo. A última categoria de percepção, tempo de aviso prévio, tal como DUTTGE o descreve, não tem que ver com a cognoscibilidade mas com o comportamento sucessivo à percepção ou à consciência. É, assim, claro que DUTTGE acaba por não ter em vista primordialmente a delimitação da cognoscibilidade. Com a delimitação normativa da previsibilidade individual pela ocasião certa, DUTTGE liga a negligência inconsciente a um dever prever jurídico em vez de a ligar a um poder prever psicológico. Acaba, dessa forma, por ser infiel à sua opção fundamental de utilizar critérios individualizadores logo na determinação do ilícito negligente.

1.2.5. HOYER

A posição de HOYER quanto à cognoscibilidade ou previsibilidade individual como critério da negligência inconsciente diverge da de DUTTGE precisamente quanto ao último ponto atrás tratado, da delimitação normativa da previsibilidade individual. Também HOYER considera que a extensão da punibilidade da negligência a todo o risco que o agente seria capaz de prever no pressuposto de dedicar a essa previsão todo o esforço de que teria sido capaz até ao momento da acção seria uma limitação inaceitável da liberdade geral de acção garantida pelo artigo 2, secção 1, da Lei Fundamental⁸⁵⁶. Igualmente requer, por isso, uma limitação normativa da previsibilidade individual. Em vez de recorrer, porém, como DUTTGE, a um critério objectivo de definição de momentos de ocasião, HOYER considera suficiente uma delimitação subjectiva pelo poder prever psicológico. Este último, porém, é necessariamente limitado pelo conhecimento de indicações de risco. Como afirma, “quer no descuido da dedução de um resultado de prognose, quer na formação descuidada de uma base de prognose, a censura da negligência inconsciente baseia-se em que o autor possuía um conhecimento determinado – é certo que não relativamente a riscos existentes como na negligência consciente, mas sim relativamente a indicações de risco existentes. A cognoscibilidade individual exigível para a negligência inconsciente do risco não permitido ligado ao comportamento é não só fundada como também limitada pelo conhecimento de indicações de risco desse risco”⁸⁵⁷. Esta conclusão de HOYER é substancialmente correcta, bem como o são as críticas que, com base nela, o autor faz das soluções contrárias propostas por DUTTGE e por ROXIN, que já discutimos atrás⁸⁵⁸. Apenas se poderá lamentar que HOYER não tenha desenvolvido, para lá de uma classificação de hipóteses de previsibilidade – ora com fundamento em conhecimento já existente, ora com base em indicações de falta de conhecimento –, o estudo com base científica dos

⁸⁵⁶ Cf. HOYER (2004), § 16, n.º 25 e DUTTGE (2001), 463.

⁸⁵⁷ Cf. HOYER (2004), § 16, n.º 31.

⁸⁵⁸ Cf. *supra* Parte I, Cap. I, 6. 6.

elementos necessários à cognoscibilidade individual e dos elementos do sujeito que podem, por sua vez, influenciar os anteriores.

1.3. Discussão de argumentos em contrário da doutrina posterior a ENGISCH

O argumento que tem sido recorrentemente deduzido contra a cognoscibilidade como elemento específico do tipo subjectivo de ilícito da negligência inconsciente, por autores como ARTHUR KAUFMANN, ROXIN, KÖHLER ou, entre nós, FIGUEIREDO DIAS ou PAULA RIBEIRO de FARIA é o de que não há qualquer elemento subjectivo relativo ao resultado típico na negligência inconsciente. Na formulação de ARTHUR KAUFMANN, não há “uma relação material interna com o particular resultado típico” nos casos de negligência inconsciente⁸⁵⁹. ARTHUR KAUFMANN admite que há casos de negligência inconsciente em que num momento anterior ao da acção que conduz ao resultado típico há consciência de um perigo abstracto, o que lhe parece suficiente como relação interna material com o resultado típico, e que há casos de negligência inconsciente em que falta mesmo essa consciência, mas em que há consciência de circunstâncias exteriores que objectivamente poderiam ter provocado a consciência do perigo. Nestes últimos casos, porém, entende que por faltar consciência da perigosidade de tais circunstâncias falta também a referida relação material interna com o particular resultado típico. Contra este argumento há que fazer notar duas coisas. Em primeiro lugar, que a consciência de circunstâncias exteriores que são sinais de perigo, mesmo que não envolva consciência sequer de perigosidade abstracta dessas circunstâncias, é um elemento psicológico real que pode fundamentar a cognoscibilidade do perigo abstracto como uma possibilidade ou capacidade psicológica que caracteriza realmente o sujeito e que se relaciona assim com o resultado típico. Ora, não é pelo facto de os sinais objectivos de perigo de que há consciência não serem tipificados, e de a cognoscibilidade ser um elemento do sujeito que só existe no modo da possibilidade ou capacidade, que deixam de poder basear uma relação

⁸⁵⁹ KAUFMANN, ARTHUR (1961), 157.

subjectiva com o resultado típico. Em segundo lugar, nada mais é preciso como tipo subjectivo para fundamentar o juízo e a valoração da ilicitude. O próprio ARTHUR KAUFMANN diz defender uma teoria final objectiva ou social, defendendo a finalidade como categoria objectiva que não se baseia no que se tem como subjectivamente como fim, mas no que se pode objectivamente ter como fim, e faz coincidir o conceito de finalidade objectiva com o conceito de WELZEL de controlabilidade (*Beherrschbarkeit*)⁸⁶⁰. Ora, que enquadramento dogmático poderá ter tal conceito de finalidade objectiva ou social, que ARTHUR KAUFMANN sugere ser apropriado para resolver as dificuldades dos crimes negligentes⁸⁶¹, senão como substrato da ilicitude? É certo de que tal desenvolvimento conduziria a uma alternativa contraditória com a sua posição de falta de fundamento para a punibilidade da negligência inconsciente, que só com má consciência aceita⁸⁶².

Os outros críticos da cognoscibilidade como elemento específico da negligência inconsciente situam-na, ao contrário de ARTHUR KAUFMANN, desde logo ao nível do tipo de ilícito. Se negam, como KÖHLER, pelas mesmas razões de ARTHUR KAUFMANN, mas invocando razões de inconstitucionalidade, que possa haver um tipo de ilícito sem tipo subjectivo envolvendo consciência da perigosidade, estão sujeitos à mesma crítica que se pode fazer a ARTHUR KAUFMANN e ainda às dificuldades da sua doutrina de inconstitucionalidade⁸⁶³. Se defendem, pelo contrário, como ROXIN ou FIGUEIREDO DIAS, que não há pura e simplesmente tipo subjectivo na negligência inconsciente, bastam-se com o mero tipo objectivo para fundamentar o juízo e a valoração da ilicitude, o que contradiz a relevância das capacidades superiores do sujeito logo ao nível do tipo de ilícito.

O fundamento último da valoração como ilícito da negligência inconsciente não é, afinal, diferente da mesma valoração das outras formas do ilícito. Assim

⁸⁶⁰ Cf. KAUFMANN, ARTHUR (1961), 165, nota 216.

⁸⁶¹ KAUFMANN, ARTHUR (1961), 173.

⁸⁶² Cf. *supra* Parte I, Cap. I, 7.

⁸⁶³ Cf. *supra* Parte I, Cap. I, 7.

como faz sentido comandar e proibir dentro dos limites do que está no poder de agir ou omitir do destinatário da proibição ou do comando, faz sentido valorar como ilícita a acção ou a omissão que o sujeito pode conhecer como objecto possível da proibição ou do comando, e cuja realização controla, ou porque faz dela um fim consciente – caso do crime doloso – ou porque pode, com base nos conhecimentos que tem, reconhecer a possibilidade dessa realização – caso do crime negligente.

PARTE II

Contributo das ciências cognitivas para a afirmação da cognoscibilidade individual da realização do facto típico como elemento essencial da negligência inconsciente

Um Direito Penal que se proponha justificar cabalmente as suas propostas normativas como justas e eficazes não pode deixar de considerar os contributos das outras ciências sobre o seu próprio objecto de valoração. Não se trata de substituir as afirmações de valor próprias do Direito Penal por afirmações de facto próprias de outras ciências, mas de apoiar aquelas afirmações de valor em dados ontológicos firmes à luz dos conhecimentos já adquiridos por essas outras ciências⁸⁶⁴. Com efeito, nem a concretização dos conceitos penais pode ignorar os conhecimentos das outras ciências, nem estes podem sem mais substituir os critérios valorativos próprios do Direito Penal.

Aqui chegados haverá que reconhecer que, de entre as várias disciplinas que se debruçam sobre os temas da cognição, da consciência e do seu processo e da acção humana – como a filosofia, a psicologia ou a biologia –, é a neurociência que tem alcançado resultados mais importantes, influenciando decisivamente o estado da discussão em todas as ciências cognitivas⁸⁶⁵. Por isso, e sem prejuízo de, sempre que necessário, considerarmos os contributos daquelas outras

⁸⁶⁴ Como, a este propósito, nota, por exemplo, DUTTGE (2001), 494, “um dualismo metódico rigoroso que proíbe toda a consideração de dados ontológicos à partida não pode admitir-se. Se o direito penal quer produzir efeito sobre as relações sociais da vida então não pode passar ao lado desta realidade da vida. Uma tal relação entre dever ser e ser é precisamente imposta para eficácia do dever ser”. No mesmo sentido se pronuncia também ARTHUR KAUFMANN (1997), 148-149, que afirma precisamente que “ só quando norma e a situação da vida, dever ser e ser estão, entre si, em correspondência, nasce realmente direito: direito é a correspondência de dever-ser e ser”.

⁸⁶⁵ Neste sentido SEARLE (2005), 36.

disciplinas, centraremos a nossa atenção na neurociência⁸⁶⁶, área de que decorre um contributo decisivo para a delimitação do conceito de acção e, a partir daí, como veremos, para o reconhecimento da cognoscibilidade individual da realização do facto típico como elemento essencial da negligência inconsciente, para a determinação dos elementos essenciais dessa cognoscibilidade e, finalmente, para a identificação dos factores que os influenciam.

Capítulo I

A essencialidade da cognoscibilidade individual da realização do facto típico: o contributo da neurociência

1. Ponto de partida: as investigações de BENJAMIN LIBET acerca da relação entre consciência e acção

Particularmente importante, nesta matéria, é a investigação de BENJAMIN LIBET⁸⁶⁷, que abordaremos com algum detalhe já de seguida. A especial importância do trabalho deste autor decorre não apenas do conteúdo das conclusões a que chega, mas, desde logo, como o próprio enfatiza⁸⁶⁸, da circunstância de essas conclusões serem baseadas não em teorização especulativa e, como tal, não testável, como acontece com a maior parte dos escritos e

⁸⁶⁶ Cf. DAMÁSIO (2010), 348: “os juízes, os advogados, os legisladores e os educadores devem familiarizar-se com a neurobiologia da consciência e da tomada de decisões, uma maneira de promover a redacção de leis realistas e de preparar gerações futuras para o controlo responsável das suas acções”

⁸⁶⁷ LIBET (2002) e, especialmente, LIBET (2004). A singular importância das investigações de LIBET nesta área tem sido destacada por vários autores. Nesse sentido, cf., por todos e mais recentemente, BANKS e POCKETT (2007), 667, que acentuam precisamente que, desde a publicação das suas primeiras investigações (a partir de 1982), nada ultrapassou em significado esse trabalho.

⁸⁶⁸ LIBET (2004), XVII-XVIII. Assim, também BANKS e POCKETT (2007), 667, que referem que talvez o contributo mais forte do trabalho de LIBET tenha consistido precisamente na deslocação da questão do campo do debate lógico e filosófico para o campo do domínio empírico da neurociência cognitiva.

propostas efectuadas por filósofos, alguns neurocientistas, físicos e outros, mas em experiências factuais. LIBET demonstra, em síntese, que as relações entre o cérebro e a consciência – *rectius*, entre o cérebro e a experiência da consciência – e, decorrentemente, como veremos de seguida, entre a decisão de actuar, a consciência da decisão de actuar e a própria acção, podem ser estudadas empiricamente a partir dos relatos de experiências subjectivas de consciência feitos pelos seres humanos (*subjective reports*)⁸⁶⁹.

Depois de apreciar criticamente e afastar as perspectivas tradicionais de abordar e tratar o problema da relação entre mente e matéria (ou entre mente e cérebro)⁸⁷⁰, LIBET propõe-se fazer uma abordagem *científica* do mesmo e mostrar que é possível a partir de prova observável (*observable evidence*) demonstrar como surge a experiência subjectiva da consciência⁸⁷¹. Assente que o cérebro é o órgão responsável pelas funções mentais conscientes e não conscientes⁸⁷² e que uma experiência subjectiva de consciência só é directamente acessível ao próprio, LIBET conclui que só através de um relatório dessa mesma experiência subjectiva de consciência feito por quem a está a vivenciar

⁸⁶⁹ Como evidenciam SCHNEIDER e VELMANS (2007), 3, os estudos contemporâneos da consciência de base empírica podem agrupar-se em três grandes categorias dependendo do tipo de abordagem investigatória que adoptem; quer dizer, consoante adoptem um método de investigação psicológico/cognitivo (i.e., centrado no sistema de processamento de informação do ser humano), neurocientífico (i.e., centrado no “hardware” cerebral que subjaz aos processos mentais) ou assente em relatórios de experiências subjectivas (*first person approach method*). Como, porém, também alertam aqueles autores, a análise daqueles estudos evidenciará que frequentemente – como é, aliás, o caso do próprio LIBET – são utilizados simultaneamente mais do que um método.

⁸⁷⁰ Como é o caso das posições que denomina de deterministas materialistas, segundo as quais a matéria observável é a única realidade e tudo, incluindo o pensamento, só pode ser explicado em termos de matéria e pelas leis naturais que a regem, posições que – a nosso ver, contudo sem razão, como demonstraremos mais tarde – atribui a autores como FRANCIS CRICK e CHRISTOF KOCH; ou o caso das posições que designa por dualistas e que acreditam na separação clara entre mente e cérebro (LIBET (2004), 4-7).

⁸⁷¹ LIBET prefere falar em experiência subjectiva da consciência (*conscious subjective experience*), em vez de falar apenas em “consciência” porque uma vez que a consciência só é acessível ao indivíduo que a está a experimentar ela é necessariamente subjectiva.

⁸⁷² Preferindo “não-consciente” em vez de “inconsciente”, como terminologia científica, para evitar as conotações psicanalíticas desta última palavra.

(*introspective report of subjective experience*)⁸⁷³ é possível alcançar uma prova que seja cientificamente válida ⁸⁷⁴ ⁸⁷⁵. Conclui, ainda, que a característica essencial destes relatórios introspectivos de experiências subjectivas é a “*awareness*”, o estar “*aware*” de algo⁸⁷⁶. Para este autor, embora possa mudar o objecto dessa “*awareness*” (pode ser o mundo exterior, um sentimento, uma emoção, um pensamento, etc.), ela é, de *per si*, um fenómeno único associado a actividades neuronais⁸⁷⁷ também elas únicas que são uma condição necessária de

⁸⁷³ LIBET (2004), 8.

⁸⁷⁴ A este propósito, LIBET (2004), 8, observa que os estudos que assentam em relatórios introspectivos de experiências subjectivas têm sido olhados com muita desconfiança pela comunidade científica. Para esta atitude em muito contribuiu, na sua opinião, a importância nos primeiros 75 anos do século XX do behaviorismo na psicologia e do positivismo lógico na filosofia, segundo os quais só os eventos directamente observáveis constituem dados científicos admissíveis. A este propósito LIBET (2004), 10, admite que um relatório introspectivo de uma experiência subjectiva não constitui *prova absoluta* da experiência. Evidencia, porém, que não obstante a conversão e transmissão de uma experiência poder implicar alguma “distorção”, esse risco pode ser diminuído – o que aconteceu nas experiências que fez – quer fazendo experiências simples que não envolvam conteúdos emocionais, quer testando a fiabilidade dos relatórios através da alteração dos *inputs* sensoriais. Para LIBET (2004), 10, deve, no entanto, ficar claro que “é possível alcançar uma forma científica de estudar as experiências subjectivas”. Nesse sentido afirma (2004), 11-12, que “como cientista experimental é minha firme convicção que o relatório de uma pessoa acerca de uma experiência subjectiva deve ser considerado como uma «*primary evidence*»”, citando mesmo em sua defesa alguns dos mais conceituados especialistas mundiais na área da neurofisiologia experimental ou da filosofia. Sobre a importância dos relatórios de experiências subjectivas (*first person contributions*) como método de estudo da consciência cf., também e mais recentemente, SCHNEIDER, VELMANS (2007), 4-5.

⁸⁷⁵ Para a sua abordagem experimental à questão de saber como estudar a relação entre o cérebro e as experiências subjectivas de consciência LIBET (2004), 15-18, parte de dois princípios epistemológicos que considera dever serem seguidos: o relatório introspectivo como critério operacional e a não existência *a priori* de regras pré-definidas acerca da relação entre mente e cérebro, mas tendo em conta o princípio geral de que os eventos físicos externos observáveis (como é o caso da actividade neuronal) e os eventos mentais internos observáveis são categorias fenomenologicamente independentes e inter-relacionadas e a sua relação só pode ser estudada com observações simultâneas dos dois fenómenos separados.

⁸⁷⁶ Embora consciência e *awareness* sejam geralmente usadas como sinónimos (cf. *infra* nota 952) o respeito pelo seu duplo uso pelos autores leva-nos a deixar *awareness* intraduzida em frases como a do texto.

⁸⁷⁷ LIBET (2004), 13-14. Sobre o local exacto do cérebro onde ocorre essa actividade e as técnicas para a captar e medir cf. LIBET (2004), 18-32.

toda a experiência consciente, pelo que não haverá que distinguir diferentes formas ou categorias de consciência⁸⁷⁸.

LIBET começa por demonstrar experimentalmente que, no caso de estímulos sensoriais somáticos, o cérebro precisa de um período relativamente longo (cerca de 0,5 segundos) de actividade neuronal para poder alcançar a consciência dos mesmos. Com um exemplo do próprio⁸⁷⁹: ao batermos com um dedo numa mesa temos a sensação de que sentimos esse evento a acontecer em tempo real. LIBET vem, contudo, demonstrar que não é verdade⁸⁸⁰. A consciência de termos o dedo a tocar na mesa só surge cerca de 0,5 segundos depois desse evento efectivamente acontecer, por ser esse o tempo de que o cérebro precisa para desenvolver a actividade neuronal necessária à formação da consciência^{881 882}.

⁸⁷⁸ LIBET adverte ainda para a necessidade de distinguir entre “experiências da consciência” e o estado de simplesmente estar desperto e responsivo – ou seja, estar em “estado consciente”. Estar em estado consciente constitui um pré-requisito das experiências subjectivas da consciência, excepto no caso dos sonhos, onde, mesmo estando a dormir, são possíveis experiências subjectivas de consciência. A este propósito refere que o estado de estar acordado e consciente e a fase do estado do sono em que os sonhos aparecem ambos requerem uma activação do córtex cerebral através de estruturas da base do cérebro e do tálamo, que constituem simultaneamente condição da produção de experiências de consciência (LIBET (2004), 14). A mesma distinção é feita em MURPHY e BROWN (2007), 138-139, que contrapõem dois conceitos primários de consciência: consciência como um estado (acordado, a dormir, em coma) e como um certo conteúdo de consciência (*awareness*). DAMÁSIO (2010), 202 e ss, liga o estado de vigília, como “pré-requisito” à consciência, considerando a consciência no sonho uma excepção. SEARLE (2011), 52, critica, fazendo notar que a excepção implica que não é pré-requisito.

⁸⁷⁹ LIBET (2004), 33.

⁸⁸⁰ Nesse sentido descreve LIBET (2004), 34-59, as experiências que fez e que demonstram esse atraso nos estímulos somatossensoriais no corpo.

⁸⁸¹ LIBET acrescenta e demonstra que ao nível das experiências sensoriais – e mesmo nestas só quando o *input* sensorial provoca um sinal temporal rápido no córtex sensorial (o potencial primário evocado) –, as mesmas são subjectivamente vividas como se não houvesse esse atraso. Fala, a este propósito, em referência subjectiva em tempo anterior (*subjective referall backward in time*) reportado ao tempo da primeira resposta rápida primária do córtex sensorial. Este fenómeno já não se aplica aos eventos não sensoriais endógenos, como pensamentos, sentimentos não sensoriais e imaginação, pois nestes não se verifica um *input* primário rápido que provoque uma resposta cortical primária (LIBET (2004), 72-89).

⁸⁸² A este propósito LIBET (2004), 32-33, tem, contudo, o cuidado de distinguir dois conceitos fundamentais: *a consciência de um estímulo (ou de um sinal) e a detecção desse estímulo (ou sinal)*, distinção a que voltaremos mais tarde.

Depois de demonstrar que é assim e de afirmar ser sua convicção de que o mesmo vale para a consciência de quaisquer outros estímulos sensoriais (como os que provêm da visão, da audição, do olfacto ou do paladar)⁸⁸³, LIBET preocupa-se em explicar como é que, necessitando nós de 0,5 segundos para termos consciência de um estímulo sensorial, somos capazes de a ele reagir adequadamente em muito menos tempo. Mais uma vez, com um exemplo seu⁸⁸⁴: se, ao conduzir numa rua da cidade a 30 mph, subitamente surge um rapaz a correr atrás de uma bola, nós somos capazes de reagir colocando o pé no travão 150 milésimos de segundo (ms) depois do surgimento da criança. Pergunta, porém, LIBET: como é que isso é possível, se para alcançar a consciência desse evento o cérebro precisa de 500 ms? A explicação que LIBET encontra é a de que esta acção só pode, segundo as suas descobertas, ocorrer de forma não consciente (sem *awareness*)⁸⁸⁵. LIBET distingue, contudo, esta acção não consciente relativamente complexa, do acto puramente reflexo (*spinal reflex*), uma vez que aquela implica o reconhecer da natureza do sinal, neste caso o rapaz e a situação de perigo, e a decisão de actuar de forma a não o atropelar.

A propósito destas acções não conscientes o autor desenvolve, depois, a distinção entre funções ou eventos mentais conscientes e não conscientes⁸⁸⁶, explicando que o tempo requerido para umas e para outras é diferente⁸⁸⁷. E é na

⁸⁸³ LIBET (2004), 107.

⁸⁸⁴ LIBET (2004), 90.

⁸⁸⁵ E aqui uma vez que se trata de um estímulo sensorial, LIBET (2004), 91, volta a chamar a atenção para o facto de o tempo neuronal ser diferente do tempo subjectivo; isto é, subjectivamente as coisas passam-se como se antes de travar o condutor tivesse visto (com consciência) o rapaz.

⁸⁸⁶ LIBET (2004), 92-99, descreve várias dessas funções mentais não conscientes, como, por exemplo, tocar um instrumento musical, responder a um serviço no ténis, ou, mesmo, em determinados casos, falar ou escrever.

⁸⁸⁷ Segundo LIBET (2004), 101-102, o cérebro desenvolve essencialmente o mesmo tipo de actividades neuronais – apesar de não se saber ainda ao certo quais são necessárias – quer para as funções mentais conscientes quer para as funções mentais não conscientes, sendo o tempo um factor determinante (embora o autor admita que possa não ser o único) na passagem do não consciente para o consciente (*time-on theory*). Já quanto à questão se saber o que é que faz com que certos eventos durem o tempo necessário para a *awareness*, LIBET afirma que apesar de não haver uma resposta completa, o focar da atenção num determinado sinal sensorial facilita o durar da actividade neuronal

sequência destas várias investigações e conclusões que LIBET se confronta com a questão – especialmente relevante para a compreensão do conceito de acção e que a nós nos interessa agora especialmente – de saber se a necessidade de 0,5 segundos para alcançar a consciência não valerá também para a própria decisão de actuar e a sua consciência. Dito de outra forma: LIBET questiona-se sobre se também a decisão de actuar e a actividade cerebral que leva ao comportamento voluntário não começarão antes da consciência de decidir actuar em determinado sentido; numa frase: se a decisão de actuar em certo sentido não é também ela sempre anterior à consciência dessa mesma decisão.

As acções que LIBET, a este propósito, se propõe estudar são as acções voluntárias, em que a decisão de actuar surge endogenamente, sem que existam sugestões externas para efectuar aquele acto nem limitações do mesmo tipo acerca de quando actuar – em que a decisão de actuar parte do próprio e sem ser provocada – e em que, conseqüentemente e mais importante, o sujeito se sente responsável pelo acto e que podia controlar o *se* e o *quando* da sua realização⁸⁸⁸. LIBET fala em “*act now process*” para descrever estas acções e a espontaneidade do processo que as caracteriza e para as contrapor às acções pré-planeadas, em que há uma preparação antecipada acerca de quando actuar⁸⁸⁹. Mais uma vez, LIBET propõe-se responder às perguntas que formula verificando experimentalmente⁸⁹⁰ se também no âmbito destas acções a actividade cerebral

necessária para o surgimento da mesma, uma vez que há provas de que o foco da atenção num sinal e não noutra activa certas áreas do córtex cerebral e provoca um aumento do nível de excitação dessas áreas.

⁸⁸⁸ LIBET (2004), 128-129.

⁸⁸⁹ Embora, como veremos, LIBET (2004), 148, acabe por concluir que os resultados a que chega também se verificam no caso das acções previamente antecipadas.

⁸⁹⁰ LIBET explica que a possibilidade de uma investigação experimental desta questão surgiu devido a uma descoberta feita em 1965 por KORNHUBER e DEECKE, que descobriram que uma mudança eléctrica, regular e específica, na actividade do cérebro gravável precedia um acto voluntário. A essa actividade chamaram de *Bereitschaftspotential*, cuja tradução para inglês é *readiness potential* (RP), que por sua vez é traduzida na tradução portuguesa de DAMÁSIO como “potencial de acção” (a tradução literal seria “potencial de prontidão”). Como abreviatura usaremos RP. Aqueles autores, contudo, não relacionaram esse RP com a questão de saber quando surgia a consciência da decisão de actuar (LIBET (2004), 124-125). Sobre a forma como

que leva a um acto voluntário começa antes da consciência da decisão de actuar. A experiência por si efectuada consistia em pedir a um grupo de pessoas que dobrassem o pulso na altura que escolhessem⁸⁹¹. Solicitou ainda aos participantes que simultaneamente olhassem para o ponto em movimento de um relógio que indicava o tempo e reparassem em que posição do relógio estava esse ponto na altura exacta em que decidiram dobrar o pulso. Dessa experiência resultou, em síntese, que as pessoas relatavam ter decidido dobrar o pulso cerca de 150/200

este autor concebeu uma forma de testar experimentalmente o surgimento da consciência cf. LIBET, (2004) 125-129.

⁸⁹¹ Tem sido questionado que os movimentos estudados por LIBET (um simples mexer do pulso) sejam verdadeiramente representativos da acção voluntária. Nesse sentido, diz-se que tais actos não comportam quaisquer consequências nem implicam qualquer risco, ao contrário do que acontece com a maioria das nossas acções diárias, pelo que pode duvidar-se que possam ser eleitos como representativos do tipo de acções que o autor se propõe estudar. Por outro lado, questiona-se também o facto de, nas experiências efectuadas por LIBET, as decisões *de* e *como* efectuar o movimento já terem sido tomadas antes de a experiência ter tido início, pelo que a única decisão que surge posteriormente e, portanto, que é objecto dos estudos de LIBET, seria a respeitante ao *quando* da realização do movimento. Para mais desenvolvimentos sobre estas questões cf., designadamente, BANKS e POCKETT (2007), 662-664. LIBET (2004), 148, responde a estas dúvidas reafirmando que é possível estender as suas descobertas a todos os actos voluntários. Em relação à primeira das dúvidas apontadas explica que é normal que uma investigação científica comece por ser limitada ao estudo técnico de um processo num sistema mais simples, para depois descobrir que o verificado nesse sistema simples representa um fenómeno que surge noutros sistemas relacionados mais complexos. No sentido de que este tipo de acções mais simples constituem objecto de investigação adequado “e podem fornecer considerável *inside* para os processos de geração de acções mais complexos”, cf., ainda, JEANNEROD (2007), 540.

LIBET acrescenta ainda que estudos efectuados por outros investigadores demonstram que o RP precede outros actos voluntários mais complexos, tal como começar a falar ou escrever, apesar de esses estudos não analisarem depois o tempo de surgimento do querer consciente de iniciar a acção. Com efeito, os estudos referidos de HAGGARD e EIMER, de 1999 (*apud*, LIBET (2004), 135) e de TREVENA e MILLER de 2002 (*apud* BANKS, POCKETT (2007), 659, 663) – que, no essencial, confirmaram as descobertas de LIBET – já tiveram por objecto decisões um pouco mais complexas, uma vez que se pedia aos participantes que, além de reportarem o momento em que decidiram actuar, escolhessem também qual das mãos iriam levantar. À segunda dúvida LIBET responde (149) que as suas experiências “indicam que a sequência do processo volitivo cerebral que conduz ao ‘act now’ *se aplica a todos os actos volitivos quer sejam completamente espontâneos ou tenham uma história de deliberação consciente* [...]”. O processo ‘act now’ parece ser independente de e separado dos processos deliberativos e de planeamento” (itálico aditado).

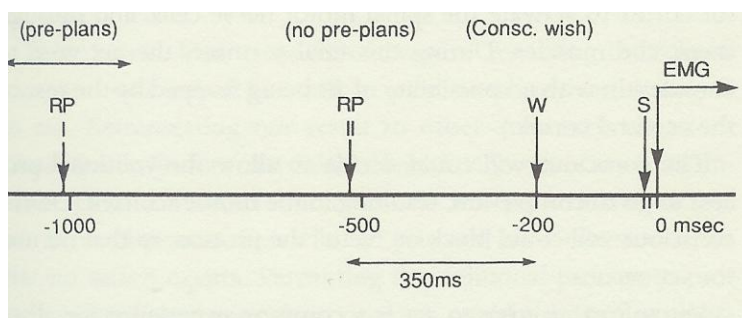
ms antes de o pulso efectivamente ter começado a mexer⁸⁹². Através da medição do *readiness potential* (RP), conceito que designa, como já vimos, a mudança eléctrica que ocorre no cérebro antes de qualquer actuação, LIBET verificou ainda que este ocorria 550 ms antes de o sujeito actuar. Isto permitiu a este investigador concluir que os eventos cerebrais que precedem a actuação dos participantes na experiência ocorriam cerca de 350/400 ms antes de os mesmos terem consciência (estarem *aware*) de terem tomado a decisão de actuar. LIBET mostrou também que esta diferença não era explicável pelo tempo necessário para relatar a altura em que havia sido tomada a decisão. Concluiu, então, que o processo que caracteriza o acto voluntário se inicia inconscientemente cerca de 350/400 ms antes de o sujeito ter consciência da sua vontade ou decisão de praticar esse acto⁸⁹³. Em síntese, mesmo nos actos voluntários a decisão de actuar é sempre anterior – em cerca de 350/400 ms – à sua consciência.

Reproduzimos de seguida um diagrama do próprio autor com a descrição da sequência de eventos cerebrais (RP) e subjectivos/conscientes (W) que precedem um acto voluntário^{894 895}.

⁸⁹² LIBET (2004), 126, designou por “W” esses tempos relatados para conscientemente querer ou desejar agir.

⁸⁹³ LIBET (2004), 124 e ss.

⁸⁹⁴ LIBET (2004), 137, que recupera o diagrama antes publicado em LIBET (1989). Transcrevemos de seguida as próprias palavras com que este autor descreve aquele diagrama: “Relative to ‘O’ time (muscle activation), cerebral RPs begin first, either with preplanned acts (RP I) or with no preplanning (RP II). Subjective experience of earliest awareness of the wish to move (W) appears at about –200 msec; this is well before the act (‘O’ time) but is some 350 msec *after* even RP II. Subjective timings of the skin stimulus (S) average about – 50 msec, before the actual stimulus delivery time”. Como o próprio LIBET também refere (135) esta sequência de eventos foi posteriormente confirmada por KELLER e HECKHAUSEN, em 1990 e por HAGGARD e EIMER, em 1999. Foi ainda confirmada, em 2002, por TREVENA e MILLER (nesse sentido cf., BANKS e POCKETT (2007), 659)). HAGGARD e EIMER, por um lado, e TREVENA e MILLER, por outro, não se limitaram a repetir as experiências de LIBET, acrescentando-lhe, como o próprio LIBET expressamente reconhece referindo-se à experiências dos primeiros (135), interessantes conteúdos experimentais, fundamentalmente ao não se terem limitado a gravar os RP (presentes no vértex), mas também os potenciais de acção laterais (*lateralized readiness potencial* (LRP)), que são os RP que existem nas partes laterais pré-motoras do córtex. Afirmam estes autores que a relação entre os LRP`s e W é mais significativa do que a relação entre este e o RP, uma vez que os LRP`s indicam



Tendo concluído que o processo conducente ao acto voluntário é iniciado inconscientemente pelo cérebro antes de surgir a vontade consciente de agir, LIBET pergunta-se sobre se tal significa que haverá que negar o livre arbítrio. A esta pergunta responde negativamente, quer por, em geral, não haver prova científica quer do determinismo quer do não determinismo – embora seja este último que corresponde à nossa experiência – quer por, como procura demonstrar, não obstante aquele processo conducente ao acto voluntário ser iniciado pelo cérebro de forma não consciente, poder haver ainda tempo⁸⁹⁶ para

uma *específica* preparação motora, por contraposição com o RP que se refere a uma preparação *mais global*. A verdade, porém, é que esses desenvolvimentos confirmam o essencial das conclusões a que tinha chegado o próprio LIBET – ou seja, que a consciência da decisão surge depois da sua preparação não consciente –, uma vez que mesmo nestes estudos o LRP é anterior a W (cf. LIBET (2004), 135, onde este autor cita, nesse mesmo sentido, um texto escrito em 2001 em colaboração com o próprio HAGGARD; também BANKS e POCKETT (2007), 659 e 664-665).

⁸⁹⁵ Para uma apreciação crítica mais desenvolvida da metodologia utilizada nos estudos de LIBET, cf., BANKS e POCKETT (2007), 658-662, onde se conclui, em síntese, que embora se possam apontar alguns possíveis erros sistémicos inerentes ao método de medição do tempo de decisão, tal não afecta a conclusão essencial a que chega LIBET no sentido de que o RP efectivamente começa antes de o sujeito conscientemente decidir agir.

⁸⁹⁶ LIBET acrescenta (2004), 137-138) que, na verdade, só 100 ms estão disponíveis para essa possibilidade de controlo do resultado final, pois os últimos 50 ms antes do músculo ser activado é o tempo requerido para o córtex motor primário activar as células nervosas motoras espinais e, através delas, os músculos. Durante estes últimos 50 ms finais o acto não pode ser parado pelo resto do córtex cerebral. Embora, como o próprio autor também esclarece, seja igualmente possível que o agente apenas tome consciência do acto já depois de o mesmo ter tido início, e ainda assim vá a tempo de poder parar o processo causal de forma a evitar que se produzam as suas consequências.

controlar o resultado final, pois é ainda possível ao sujeito, *quando tem consciência da acção*, decidir ou não vetá-la⁸⁹⁷. Como, porém, o próprio reconhece, a possibilidade de veto não pode ser entendida como expressão de livre arbítrio se a decisão de vetar for ela própria resultado necessário de um processo não consciente precedente, que se torna apenas consciente no momento da chamada decisão de vetar⁸⁹⁸. Ora, considera LIBET que, embora não exista ainda prova científica irrefutável, vários factores apontam no sentido de que “o veto consciente poderá não requerer ou ser resultado directo de um processo não consciente precedente”⁸⁹⁹. Em primeiro lugar porque o veto consciente é, segundo afirma, uma “função de controlo”, diferente do simples ficar consciente da decisão de actuar⁹⁰⁰, e nem há “nenhum imperativo lógico decorrente de qualquer teoria sobre a relação entre a mente e o cérebro que requeira uma actividade neuronal específica que preceda e determine a natureza de uma função de controlo consciente”, nem “há prova experimental contra a possibilidade de um processo de controlo poder surgir sem um desenvolvimento específico de um processo não consciente precedente”⁹⁰¹. LIBET faz ainda notar que “não está excluída a possibilidade de que os factores em que se baseia a decisão de vetar se desenvolvam através de processos inconscientes que precedem o veto. Contudo, a decisão consciente de vetar podia ainda fazer-se sem uma directa especificação para essa decisão pelos processos inconscientes precedentes. Isto é, uma pessoa

⁸⁹⁷ LIBET (2004), 137-141, 145-147 e 151-156, onde, designadamente, se explicita (138), que o vetar da decisão de actuar ocorre especialmente quando o acto projectado é encarado como sendo socialmente inaceitável ou não está de acordo com a personalidade ou valores do sujeito em causa.

⁸⁹⁸ LIBET (2004), 145. No sentido de uma geração pré-consciente da resposta de veto, os autores referidos por BANKS e POCKETT (2007), 665. Como, porém, logo sublinham BANKS e POCKETT, LIBET rejeita que as experiências realizadas por aqueles autores meçam verdadeiramente a resposta em que traduz o veto livre, pelo que, na sua opinião, aquelas experiências não resolvem a questão – conclusão com que BANKS e POCKETT acabam por concordar.

⁸⁹⁹ LIBET (2004), 146.

⁹⁰⁰ MARCEL BRASS e PATRICK HAGGARD apresentaram (*The Journal of Neuroscience*, 2007, cit. por www.diariosalud.Net/content/view/5325/47/, visto em 27-8-2007) uma experiência demonstrativa de que a intenção de actuar e o controlo dessa decisão activam áreas diferentes do cérebro, o córtex pré-frontal no primeiro caso e córtex fronto-medial dorsal no segundo.

⁹⁰¹ *Ibidem*.

podia aceitar ou rejeitar conscientemente o programa oferecido por toda a panóplia de processos cerebrais precedentes inconscientes. A *awareness* da decisão de vetar poderá requerer processos inconscientes precedentes, mas o conteúdo dessa *awareness* (a actual decisão de vetar) é uma característica diferente que não precisa de ter a mesma exigência”⁹⁰². Quer isto dizer, por palavras nossas, que LIBET considera que não há prova experimental de um processo inconsciente precedente especificamente dirigido ao veto (relativo à função de controlo), para além do processo inconsciente da acção já iniciada (relativo à função de acção), e do processo de consciencialização dessa acção e das circunstâncias que a determinaram (relativo à função de consciência)⁹⁰³. Poderia assim manter-se uma clara distinção, socialmente aceite e também fundada, segundo LIBET, entre acções que decorrem do exercício do livre arbítrio e, por exemplo, acções de uma pessoa durante um ataque epiléptico psico-motor ou praticadas por uma pessoa com o síndrome de *Tourette* (gritar epítetos socialmente repugnantes)⁹⁰⁴.

A grande linha de oposição a LIBET⁹⁰⁵ e à forma de este ver a consciência e o seu papel na acção voluntária – também assente em prova experimental – é encabeçada pelo psicólogo social DANIEL WEGNER⁹⁰⁶. Contrariamente ao defendido por LIBET, para quem a consciência é causa (real) determinante da

⁹⁰² LIBET (2004), 147. Este ponto é acentuado por FERNANDA PALMA (2005), 48-49).

⁹⁰³ Concordamos com LIBET quando este afirma que se, no caso de veto, o indivíduo apenas se tornasse consciente da sua decisão de vetar posteriormente, ele não teria controlo das suas acções, LIBET (2004), 145-146. Parece-nos, no entanto, que mesmo que se venha a admitir, contra os dados experimentais reconhecidos por LIBET, a existência de um primeiro processo inconsciente relativo ao controlo, que isso não significaria ter de negar o livre arbítrio. A existência de controlo e livre arbítrio mantém-se, mesmo nessa hipótese, se se puder afirmar a possibilidade de conscientemente aceitar ou rejeitar o programa definido pelos processos inconscientes precedentes.

⁹⁰⁴ LIBET (2004), 146. Mais à frente este autor acrescenta ainda que esta forma de livre arbítrio que, no fundo, se traduz numa livre escolha, corresponde à forma *como opera* o livre arbítrio e não decide a questão entre determinismo e livre arbítrio (LIBET (2004), 151).

⁹⁰⁵ Nesse sentido, designadamente, POCKETT, BANKS e GALLAGHER (2006), 1-3.

⁹⁰⁶ Deste autor, sobre este tema, cf., fundamentalmente, WEGNER (2002), e WEGNER (2005). Ainda, em colaboração com WEGNER, WHEATLEY (1999), 480-491, onde pela primeira vez surge descrita a sua teoria da causação mental aparente.

acção voluntária, WEGNER vem negar que se possa afirmar que é assim, preferindo falar, a este propósito, em causação mental aparente (*theory of apparent mental causation*), uma vez que, como procurará demonstrar, nós apenas experienciamos a sensação de que somos agentes causadores das nossas acções⁹⁰⁷. A existência de um pensamento anterior à acção e a concordância entre o pensamento (anterior) e a acção posteriormente observada dá-nos uma sensação de autoria da mesma (de que somos controladores). Ou seja, quando pensamos antes da acção e quando esses pensamentos são consistentes com essa acção, surge em nós a sensação, na falta de outras causas potenciais da mesma, de conscientemente sermos seus autores. A sensação da relação causal entre o pensamento e a acção baseia-se assim, para WEGNER, em três princípios: o princípio da prioridade (o pensamento é anterior à acção); o princípio da consistência (o pensamento é consistente com a acção); e o princípio da exclusividade (inexistem outras causas potenciais da acção)⁹⁰⁸.

Só que, acrescenta WEGNER, essa sensação (de querer consciente que causa a acção), não é mais do que uma dedução; ou seja, não é mais do que uma construção ou interpretação da realidade feita por nós próprios, e não resultado de uma directa percepção de “*causal agency*”⁹⁰⁹. Ora, essa sensação, como simples dedução que é, pode estar errada. É isso mesmo que WEGNER se propõe demonstrar, através da realização de experiências em que põe à prova os princípios da prioridade e da consistência e evidencia como essa sensação de autoria, em determinadas situações, não tem correspondência com a realidade.

No que respeita ao princípio da prioridade, WEGNER e WHEATLEY, em 1999, relatam a seguinte experiência: aos participantes foi pedido que movessem aleatoriamente o cursor pelo ecrã de um computador e que, a cada 30 segundos, deslocassem e parassem o cursor num objecto (um cisne) que aparecia nesse

⁹⁰⁷ WEGNER (2005), 23.

⁹⁰⁸ Para um maior desenvolvimento do conteúdo destes princípios, a partir de vários exemplos, cf. WEGNER (2002), 70-78 (princípio da prioridade), 78-90 (princípio da consistência) e 90-95 (princípio da exclusividade) e (2005), 23-27.

⁹⁰⁹ Cf., designadamente, WEGNER (2002), 64.

mesmo ecrã (a ordem para mover o cursor para o objecto era dada alguns segundos antes aos participantes através de auscultadores). O controlo do cursor era partilhado com outra pessoa (que fazia parte da equipa de investigação). A experiência permitiu verificar, nomeadamente, que quando a indicação do objecto onde devia ser parado o cursor era dada aos participantes com uma antecedência que variava entre 1 a 5 segundos antes da acção, muitas vezes as pessoas reportavam ter tido a sensação de ter sido elas a ter movido e parado o cursor sobre o objecto referido, quando, na verdade, não o tinham sido, mas a outra pessoa que com elas partilhava o controlo do cursor⁹¹⁰. Esta experiência mostra, segundo WEGNER, que quando o pensamento de uma acção surge temporalmente antes da mesma, isso leva a uma experiência reforçada de aparente causação mental⁹¹¹ (princípio da prioridade) quando, como se viu, essa sensação nem sempre corresponde à verdade.

A segunda experiência, relacionada com o princípio da consistência, foi realizada por WEGNER, SPARROW e WINERMAN em 2004⁹¹². Algumas pessoas foram colocadas frente a um espelho, enquanto outras, escondidas por detrás das primeiras e sem serem visíveis no mesmo, estendiam os braços para a frente no sítio onde os participantes normalmente teriam os seus. A essas pessoas foi pedido que mexessem as mãos (calçadas com luvas) de forma a que, pelo menos no espelho, pareceria que era o próprio participante a mexer as suas próprias mãos. A experiência mostrou que, no caso de os participantes apenas verem movimentos das mãos, não sentiam que estavam a controlar as mesmas. Já nas situações em que ouviam também previamente as instruções dadas à pessoa detrás, os participantes relataram um sentimento reforçado de que podiam controlar as mãos que, na realidade, sabiam ser de outra pessoa. Esta experiência foi interpretada como demonstrativa do princípio da consistência. Se os nossos

⁹¹⁰ Para dados mais concretos sobre as percentagens desta experiência cf. WEGNER, WHEATLEY, (1999).

⁹¹¹ WEGNER (2005), 24.

⁹¹² WEGNER, SPARROW e WINERMAN (2004), 838-848.

pensamentos são consistentes com o acontecer subsequente, isso pode criar a ilusória sensação de que fomos nós os causadores desses acontecimentos⁹¹³.

Estas considerações levaram WEGNER a concluir que o que importa discutir não é a questão de saber quem é o controlador – o autor nega mesmo que exista uma entidade controladora⁹¹⁴ –, mas sim como funciona o denominado *processo controlado* (por oposição ao normalmente designado por *processo automático*)⁹¹⁵.

WEGNER acrescenta ainda que só no caso do processo psicológico responsável pela acção permitir o acesso à informação, indicando que os pensamentos ocorreram com *níveis apropriados* de prioridade, consistência e exclusividade, a acção vai aparecer como *querida*. Daqui decorre que para WEGNER não basta, então, que o pensamento seja anterior, consistente e exclusivo em relação à acção. Segundo o próprio “a variabilidade na experiência de querer consciente pode ser atribuída às variações na disponibilidade das fontes

⁹¹³ E, mais, como se provou em outras experiências, descritas por WEGNER (2005), 25, pode ainda criar um automatismo fisiológico (suor), que responde a sensações aparentes das mãos de outrem.

⁹¹⁴ Para WEGNER a própria ideia de existir um agente controlador (ou um agente interior como a “consciência”, ou “o querer” ou o “eu” ou, como dirá também, um “*homunculus*”), que causa pensamentos e acções é um “erro teórico”, que, no seu entendimento, “afecta gravemente a possibilidade de uma teoria psicológica científica, ao criar uma entidade explicativa que não é em si explicável”. Como acrescenta, este ‘eu’ é um erro, uma vez que ele próprio tem de ser explicado. E, ou se vai andando de “*homunculus*” em “*homunculus*” até ao infinito, o que é absurdo, ou se explica esse “*homunculus*” dizendo que ele tem “free will” e pode determinar o seu próprio comportamento. Mas, segundo afirma, esta explicação equivale à de dizer que Deus causou um acontecimento e, tal como nós não podemos dizer o que Deus vai fazer, também não podemos prever o que este livre “*homunculus*” pode fazer, daí que esta primeira entidade explica muita coisa mas não se explica a ela própria. Conclui, pois, dizendo que daqui não pode então advir ciência (WEGNER (2005), 19-20). Dai que para WEGNER (2005), 32, o “eu” em vez de ser entendido como um “*homunculus*” que faz coisas, deve ser antes entendido como um “sistema” que nasce da experiência de autoria e é desenvolvido no tempo por um conjunto de processos controlados que orientam memórias e antecipações de experiências de autoria. Nós tornamo-nos agentes pela experiência do que fazemos e esta experiência por sua vez informa o processo que determina o que iremos fazer”.

⁹¹⁵ A conclusão a que WEGNER acaba por chegar, como veremos, é a de que os processos controlados não começam com um controlador mas resultam num controlador (WEGNER (2005), 20).

essenciais de informação para a computação de causação mental aparente, bem como à disponibilidade de recursos mentais”⁹¹⁶. Mais especificamente, os processos que permitem a experiência de voluntariedade pressupõem a disponibilidade para o seu autor de “(1) pensamentos conscientes, (2) acções observáveis e (3) tempo e atenção para inferir a ligação causal entre eles”⁹¹⁷. Só na presença destes factores o agente pode deduzir e ter a sensação de *querer*. Isto é, sem pensamentos *conscientes* anteriores à acção não se pode deduzir a causação mental da mesma⁹¹⁸. Por outro lado, é também necessário um *feedback*, uma comparação entre o que se quis e o que acontece monitorizada conscientemente. Por fim, o grau de desenvolvimento da atenção empregue também interfere na dedução de “autoria”. A este propósito, WEGNER acrescenta que o processo controlado é tipicamente marcado pela “lentidão” e “perfeição”(*thoroughness*). Quanto à lentidão, o tempo para pensar é especialmente útil quando é preciso fazer deduções causais tendo em conta os seus próprios pensamentos e acções⁹¹⁹. Quanto à perfeição do processo controlado, esta está directamente relacionada com a atenção empregue no mesmo. Uma maior análise e integração de uma variedade de informação antes do *output* leva a uma maior “perfeição” do processo.

Do que temos vindo a dizer decorre, no essencial, que em vez de falar em “operação do querer” (do consciente), WEGNER prefere falar em “experiência do querer consciente”, que é, como o próprio procura explicar, baseada numa mera interpretação. A questão para WEGNER não é, então, a de saber como o pensamento ou a consciência causam a acção, mas sim a de saber quando ocorre a experiência da sua causação⁹²⁰. Este autor acrescenta ainda que essa

⁹¹⁶ WEGNER (2005), 27.

⁹¹⁷ *Ibidem*.

⁹¹⁸ É daqui que resulta a ideia de WEGNER (2005), 28, de que os processos controlados são “mapas conscientes”.

⁹¹⁹ A este propósito WEGNER (2005), 29, refere que o processo automático pode ocorrer em milésimos de segundo, enquanto o processo controlado requer, no mínimo, várias centenas de milésimos de segundo.

⁹²⁰ WEGNER (2005), 33, atribui a confusão dessas duas questões ao facto de tomarmos como verdade absoluta a nossa intuição pessoal, no sentido de que os nossos

experiência de querer consciente é, mais do que uma simples experiência, uma emoção ou um sentimento cognitivo – tal como, por exemplo, a confusão –; ou seja, nós não deduzimos apenas que fizemos a acção, mas *sentimos* que a fizemos⁹²¹.

Passando a uma apreciação crítica do pensamento de WEGNER há, desde logo, que notar que as suas experiências se baseiam em situações directamente criadas para provar que, por vezes, as pessoas têm a ilusão de causar o comportamento quando, na realidade, não causaram. Ora, tal não é suficiente para generalizar, pois, como diz WILLIAM P. BANKS, não é pelo facto de haver ilusões ópticas que deixa de haver percepções “verdadeiras” de objectos⁹²².

Outra objecção que se pode fazer a WEGNER é a de que não considera o relatório introspectivo de consciência como prova, como consequência de só considerar como dado científico o evento observável. Para WEGNER, como vimos, a sensação de querer consciente que causa a acção não é mais do que uma dedução; ou seja, não é mais do que uma construção ou interpretação da realidade feita por nós próprios e não resultado de uma directa percepção de “*causal agency*”⁹²³. Há, neste ponto que dar razão a LIBET quando defende que a experiência da consciência pode ser estudada e tratada como qualquer outra

pensamentos conscientes causam a acção e assumirmos que essa experiência é um canal directo para a verdade nesta matéria.

⁹²¹ DAMÁSIO (2010), 344, recolhe a afirmação de WEGNER de que a vontade consciente é “uma emoção que autentica o dono da acção como sendo o eu”, mas entende que essa impressão é “umas vezes falsa outras vezes não”, sem se dar conta, aparentemente, que para WEGNER essa impressão é sempre falsa.

⁹²² BANKS (2006), 248-249. Este autor defende que as experiências feitas por WEGNER foram feitas para demonstrar que o livre arbítrio é uma ilusão (experiências nas quais pistas para a volição eram ausentes ou inteligentemente manipuladas), e como tal são mais bem descritas como situações que criaram ilusões de vontade. Assim, experimentalistas criaram ilusões de querer como ilusões de vista. E dessa forma tal não suporta a defesa de que o querer consciente é uma ilusão, tal como ilusões ópticas não suportam a defesa de que percepção visual é ilusória. Conclui dizendo que estas investigações devem ser utilizadas para se perceber que o nosso sentido de querer é uma interpretação normalmente útil mas algumas vezes errada, como qualquer percepção. Assim, as experiências de WEGNER deviam ser utilizadas não para demonstrar que a vontade consciente é uma ilusão, mas para perceber como é que a volição trabalha.

⁹²³ WEGNER (2005), 27.

função do cérebro observável e, como tal, que “o relatório da experiência da consciência” deve ser encarado como prova primária – embora não seja, como o próprio LIBET reconhece, uma prova absoluta, mas, nesse sentido, não o são sequer as medições físicas, que também não são feitas com absoluta certeza.

Decorre da redução, que WEGNER faz, do campo da experiência admissível como cientificamente relevante, que WEGNER não se tenha debruçado sobre o fenómeno do veto nem sobre o seu papel no controlo da acção voluntária⁹²⁴. Como nota LIBET, dizer que tanto o pensamento como a acção são causados pelo não consciente, não afasta a crítica de que a teoria de WEGNER não descreve o fenómeno do veto. É certo que WEGNER defende a tese do determinismo, segundo a qual todos os fenómenos, incluindo os psíquicos, estão necessariamente ligados a fenómenos anteriores por leis causais, o que implica que as experiências de livre escolha ou causação pela vontade da acção voluntária (ou de veto) sejam ilusórias. A isto LIBET responde, como muitos filósofos⁹²⁵, que não há qualquer prova científica da tese determinista. Mais do que isso LIBET acentua que, ao contrário do que acontece com a sua própria teoria, nem WEGNER nem outros deterministas oferecem um teste experimental através do qual a sua teoria possa ser testada e, logo, contraditada⁹²⁶.

Verdadeiramente decisivo nos parece ainda outro argumento, que LIBET entende ir buscar a LEIBNIZ, no sentido de que há uma separação não ultrapassada entre a categoria de fenómenos físicos e a categoria de fenómenos

⁹²⁴ No mesmo sentido LIBET (2004), 144.

⁹²⁵ Veja-se, por último, a posição de SEARLE analisada mais adiante no texto.

⁹²⁶ LIBET (2004), 152. LIBET refere ainda que mesmo que se defenda uma visão determinista, isto é que as escolhas e os actos fossem vistos como completamente determinados, o princípio da incerteza de Heisenberg impossibilita o ter um total conhecimento das actividades moleculares subjacentes. A mecânica quântica força-nos a lidar com probabilidades, em vez de certezas e eventos. E na teoria do caos, um evento aleatório pode dirigir um comportamento de todo um sistema de uma forma que não era previsível. Mas LIBET reconhece que mesmo que os efeitos não sejam previsíveis na prática, tal não exclui a possibilidade de que eles estão a seguir as leis naturais e dessa forma determinados.

subjectivos⁹²⁷. Se olharmos para o cérebro com perfeito conhecimento das suas propriedades físicas e da actividade das células nervosas, apenas veremos “estruturas celulares e as suas interconexões e a produção de impulsos nervosos e outros eventos electrofisiológicos, bem como alterações químicas metabólicas”⁹²⁸, mas nada veremos que se possa descrever como experiência subjectiva. O que LIBET se propõe é estudar simultaneamente, como categorias independentes, para entender as suas relações, os processos externamente observáveis do cérebro e as relacionadas experiências introspectivas subjectivas que podem ser relatadas⁹²⁹.

É certo que depois da sua obra principal *A Ilusão do Livre Arbítrio Consciente*, de 2002, WEGNER publicou, em 2005, o artigo “Quem é o Controlador dos Processos Controlados?”, em que acentua que “o foco desta teoria [trata-se da mesma teoria exposta no seu livro] é a experiência da vontade (ou querer) consciente, não a operação da vontade. De acordo com esta teoria, a experiência da vontade baseia-se em interpretar o pensamento de uma pessoa como causando a sua acção. A experiência da vontade vem e vai de acordo com princípios que governam este mecanismo interpretativo e não de acordo com qualquer ligação causal entre o pensamento e a acção. Esta teoria nada diz quanto a saber se o pensamento causa a acção”⁹³⁰. Mas, então, tudo o que WEGNER pode retirar das suas experiências é que a experiência de uma vontade livre, a experiência de livre arbítrio, tanto pode resultar de situações em que é apropriado falar de uma vontade livre como de situações em que é apropriado negar a existência de uma vontade livre. Assim, haveria que concluir que os princípios que regulam a experiência de uma vontade livre não coincidem com os princípios que regulam o uso apropriado ou correcto da expressão “vontade livre”. Ao afirmar que a experiência é ilusória – isto é, não verdadeira – WEGNER pressupõe a verdade ou, pelo menos, a vigência na linguagem dos princípios que regem a

⁹²⁷ Este argumento está directamente relacionado com a já referida objecção a WEGNER de não considerar o relatório introspectivo como prova.

⁹²⁸ LIBET (2004), 153.

⁹²⁹ *Ibidem*.

⁹³⁰ WEGNER (2005), 32.

vontade livre, por oposição à experiência da mesma. WEGNER parece estar assim a admitir que a sua teoria, ao restringir-se a experiência da vontade livre, deixa em aberto a questão da relação causal entre o pensamento e a acção, que está intimamente ligada à questão do determinismo. Não significa isto, decerto, que tenha abandonado o seu credo determinista, mas apenas que reconhece que a sua teoria não decide esta questão.

Concluimos, assim, que as teorias sobre a consciência e o seu papel na acção voluntária de LIBET e de WEGNER não permitem, por si, decidir a questão filosófica do livre arbítrio e do determinismo. Há, porém, que reconhecer que a posição de LIBET, ao optar pelo não determinismo⁹³¹, sem prejuízo de a considerar uma teoria especulativa, no sentido de não provada cientificamente, tal como o determinismo, não só se harmoniza com a experiência psicológica e a linguagem corrente como se apresenta como mais bem fundada filosoficamente.

Esta nossa opinião parece-nos confirmada pelo que diz a este respeito JOHN SEARLE⁹³². O argumento de LIBET de que os fenómenos físicos cerebrais e os

⁹³¹ A questão filosófica do livre arbítrio e do determinismo só é tratada por nós na estrita medida necessária à compreensão e avaliação das posições dos principais autores da neurociência, como LIBET e WEGNER. Para um panorama das várias posições veja-se KANE (2002). As relações entre o desenvolvimento da neurociência e a discussão filosófica são especialmente focadas em LIBET *et al.* (1999); GRAY (2004); especialmente 89-121, 293-300, POCKETT *et al.* (2006), 109-231; ROSS *et al.* (2007). Na doutrina penal portuguesa os resultados da neurociência são avaliados por FERNANDA PALMA (2005), 48-52, que considera plausível que os dados da neurociência nos orientem “para soluções compatibilistas que têm sido ensaiadas pela Filosofia desde há muito” (51). No mesmo sentido, entendendo que as experiências de LIBET não implicam que a intencionalidade consciente não opere causalmente, KAPLAN (2006), 277, 295. PETER WESTEN refere alguma literatura sobre a contribuição da neurociência (WEGNER, DENNET, SEARLE) mas não a considera especialmente relevante, por entender que a fundamentação da responsabilidade penal no livre arbítrio não é afectada por quaisquer resultados científicos, uma vez que para ele o problema do livre arbítrio e determinismo é um falso problema, que se resolve reconhecendo as diferenças categoriais entre as teses contrapostas (WESTEN (2005), 100- 154). Mas não tem razão, porque é uma regra categorial do livre arbítrio que, se uma acção é determinada causalmente, não é livre.

⁹³² SEARLE (2007), 50-78, SEARLE (2001), 276-298. No mesmo sentido veja-se entre outros o mestre de SEARLE, STRAWSON (1983), 127: “X, let us say, notices that Y’s last remark has caused embarrassment to Z and, wishing to spare Z’s feelings, X himself makes a remark intended to change the direction of the conversation. Can we seriously

fenómenos psíquicos são categorias independentes mas relacionáveis é desenvolvido por SEARLE. Segundo este autor nós temos a experiência consciente, na primeira pessoa, de agir por razões. Estas razões de agir são declaradas como explicações racionais de agir de certo modo (e não de outro), e não como condições antecedentes que – dadas outras condições ou circunstâncias, haverá que acrescentar – são suficientes para explicar causalmente uma certa acção. Não têm a forma: A causou B, mas a forma: um “eu” racional S realizou o acto A, agindo pela razão R. Condição da sua possibilidade é a existência de um “eu”, agente racional capaz de agir por razões. Não obstante esta diferença categorial, SEARLE admite a possibilidade conceptual de uma realidade neurobiológica que causa e realiza a vontade livre. Segundo afirma, para que se pudesse falar de livre arbítrio, como realidade neurobiológica, seria, contudo, preciso admitir um processo neuronal que em cada momento determina o estado total da consciência quando o “eu” consciente delibera por razões e quando termina a deliberação com a decisão. O estado total do sistema, simultaneamente neuronal e consciente no momento imediatamente anterior à decisão, não seria, porém, causalmente suficiente para determinar o estado correspondente à decisão. Teria assim de se admitir uma lacuna nas condições existentes no primeiro momento (t1– momento da deliberação), no sentido de que a totalidade dessas condições não seria suficiente para explicar a totalidade das condições existentes no segundo momento (t2 – momento da decisão). Lacunas semelhantes existiriam de novo entre os estados totais do sistema neuronal/consciente entre o momento da decisão e o momento do início da acção voluntária e, de novo, entre o momento do início da acção e o da sua continuação⁹³³. Esta hipótese científica implicaria, segundo SEARLE, a admissão

contemplate the possibility of being able to give, in terms belonging exclusively to the exact physical sciences, a complete causal account of the origin of precisely this complex of thought, feeling and action on X's part? And of every other piece of human behaviour of even such modest complexity as this? The idea is absurd; and not because there would not be world enough and time to work out solutions to such particular problems...It is more fundamentally absurd because there is no practical possibility of establishing the general principles on which any such calculation would have to be based”.

⁹³³ SEARLE (2001), 275-276.

do indeterminismo quântico ao nível dos microprocessos neuronais, que acompanharia o diferente e sistémico indeterminismo da escolha racional⁹³⁴. O próprio SEARLE reconhece que a hipótese científica que propõe está longe de ser comprovada cientificamente, dadas as enormes lacunas de conhecimento científico actualmente existentes. Além disso, em nossa opinião, já deverá ser corrigida ou completada pelas experiências de LIBET que demonstram que há uma lacuna temporal de 350 ms entre a decisão não consciente e a tomada de consciência dessa decisão, e outra lacuna de 200 ms entre a tomada de consciência da decisão e o início da sua execução. A hipótese alternativa, igualmente compatível com a ideia de um sistema total neuronal-psicológico, é a do determinismo. Nesta hipótese, o conjunto de condições determinantes do sistema em cada momento seria suficiente para explicar causalmente o sistema total no momento seguinte. Então, a consciência da liberdade e a autonomia própria dos processos psicológicos seria ilusória: a vida consciente, incluindo a consciência da liberdade de acção, seria apenas um epifenómeno, sem qualquer correspondência ou relevância causal ao nível da acção. Segundo SEARLE, embora ambas as hipóteses sejam compatíveis com o estado actual de desenvolvimento da neurobiologia, a segunda hipótese teria a dificuldade adicional de estar em contradição com a nossa concepção geral da biologia, baseada na teoria da evolução: nesta hipótese “não haveria qualquer vantagem selectiva em ter um sistema racional de decisão, que é o resultado de um longo período de evolução, que é extremamente custoso do ponto de vista biológico e que ocupa um enorme espaço nas nossas experiências conscientes. Além disso, a ilusão de decidir racionalmente, nesta hipótese, não seria como outras ilusões, que têm de facto uma vantagem selectiva. Assim, por exemplo, é assumido que a cor é uma ilusão sistemática; há, contudo, uma enorme vantagem selectiva no organismo que tem a capacidade de distinguir objectos com base na cor”⁹³⁵.

⁹³⁴ SEARLE (2007), 58-65, 70-78.

⁹³⁵ SEARLE (2001), 297. Acentuando as vantagens selectivas da consciência no quadro de uma teoria da evolução veja-se também DAMÁSIO (2010), 44 e ss.

Comparando as teorias de LIBET e de SEARLE, elas parecem-nos substancialmente mais próximas do que os próprios autores quererão admitir. Ambos consideram que a hipótese do livre arbítrio, que embora não provada, lhes parece mais plausível que a hipótese do determinismo, implica a operatividade causal do livre arbítrio nas acções voluntárias. Ambos acentuam a diferença categorial entre processos psicológicos e processos físicos neuronais. Ambos entendem a consciência como algo que emerge dos processos neuronais de um modo que não se reduz à simples soma de elementos constitutivos, considerando luminosa a comparação de SPERRY com a relação entre uma roda que rola e as moléculas que a constituem: as propriedades da roda ao rolar emergem do sistema criado pelo específico arranjo dos materiais de que foi feita, ou das moléculas que a constituem, mas não são evidentes em cada uma destas partes⁹³⁶. SEARLE diz que temos aqui a mesma estrutura formal das relações causais entre movimentos moleculares e a solidez, e que é uma falácia de composição supor que a propriedade dos elementos individuais tem de ser propriedades do todo⁹³⁷. SEARLE apresenta, porém, a sua teoria do sistema unificado neuronal-consciente como resultado da eliminação de falsos problemas criados pelo dualismo cartesiano da mente e do corpo⁹³⁸. LIBET reconhece que não há prova directa que contradiga a existência possível de uma alma de tipo cartesiano⁹³⁹. Mas acentua que também nenhuma prova apoia a ideia de que o “eu” – ou a alma – seja uma entidade separada do cérebro, pelo que se baseia na concepção de que “o eu e a alma são fenómenos emergentes da actividade

⁹³⁶ SEARLE (2001), 288-289. LIBET (2004), 162.

⁹³⁷ SEARLE (2007), 76.

⁹³⁸ No mesmo sentido e invocando SEARLE, MURPHY e BROWN (2007), 9-11, acentuam a necessidade de rejeitar o cartesianismo e as várias formas de mecanicismo e de reducionismo causal a ele ligadas. Se queremos compreender o pensamento e o comportamento humano (o mesmo se diga já do comportamento de outros primatas superiores) é necessário “entender o mental como pertencente a um sistema dinâmico de nível superior que é o cérebro no corpo envolvido em interacção com o mundo, tanto físico como social. Assim, o nosso argumento é o de que a percepção e a memória são essencialmente relevantes para a acção; a mente manifesta-se paradigmaticamente no envolvimento informado em incursões de *acção – feedback – avaliação – acção* no ambiente. A equiparação da mente com processos cerebrais (apenas) é uma forma eminente de reducionismo”.

⁹³⁹ LIBET (2004), 221.

cerebral”⁹⁴⁰, de natureza “não-física”⁹⁴¹. A partir daqui apresenta a sua teoria do “campo consciente mental”, que “forneceria comunicação dentro do córtex cerebral sem as conexões e vias (*pathways*) neuronais no córtex”, como uma teoria científica susceptível de ser testada experimentalmente. Não interessa aqui descrever as várias sugestões de LIBET sobre testes experimentais possíveis da sua teoria, mas apenas dar uma ideia do tipo de teste que propõe. A teoria seria confirmada se estimulada uma parte do cérebro, isolada fisicamente do resto do cérebro, se observasse uma resposta neuronal na outra parte do cérebro com correspondência consciente. Estas duas últimas respostas, neuronal e consciente, só seriam explicáveis por um campo mental unificado, já que foi experimentalmente eliminada a comunicação neuronal com a parte isolada do cérebro. Ora, é claro que a experiência proposta por LIBET só pode confirmar a existência de um campo mental unificado e a sua causalidade relativamente a respostas neuronais e conscientes. Não demonstra a existência, nesse campo, do livre arbítrio, mas apenas do tipo de causalidade do mental para o físico que está também implicado pelo livre arbítrio. Por outro lado, deixa intacta a radical diferença categorial entre os fenómenos psíquicos que se descrevem como escolha livre ou como consciência e as sinapses neuronais correspondentes. Este ponto é reafirmado por LIBET neste contexto: “independentemente da teoria do campo mental consciente ser válida, o conhecimento das estruturas e das funções das células nervosas nunca pode ele próprio explicar e descrever a experiência subjectiva da consciência”⁹⁴².

⁹⁴⁰ LIBET (2004), 203.

⁹⁴¹ LIBET (2004), 221.

⁹⁴² LIBET (2004), 184. Para mais desenvolvimentos sobre as teorias filosóficas e científicas contemporâneas acerca da natureza da consciência, cf. VELMANS e SCHNEIDER (2007), Parte III, 223-368.

2. Decorrência das investigações anteriores para as várias formas que pode assumir a acção jurídico-penal e consequente centralidade da ideia de cognoscibilidade individual da realização do facto típico como elemento central da negligência inconsciente

Das investigações referidas no ponto anterior decorre um importante contributo para a delimitação do próprio conceito jurídico-penal de acção e, a partir desse contributo, para a afirmação da cognoscibilidade individual da realização do facto típico como elemento central da negligência inconsciente. Veremos de que forma. A integral justificação dogmática do conceito de acção da teoria do crime ultrapassa o âmbito deste trabalho, que pretende, contudo, contribuir de forma metodicamente correcta para tal objectivo.

Do ponto de vista da dogmática jurídico-penal será conveniente começar pelo conceito de acção a partir de uma descrição da acção mais rica, por causa do número de características, que é a descrição da acção dolosa. Esse ponto de partida corresponde à evolução da dogmática alemã a partir do finalismo, e da crítica por este de uma concepção causalista da acção ligada ao pressuposto filosófico do determinismo. Ele permite ainda relacionar directamente a discussão penal com as hipóteses nucleares de aplicação do conceito na linguagem vulgar e na tradição filosófica, que são as hipóteses de acção intencional. Na tradição filosófica o paradigma analítico que serviu de constante referência foi a teoria de acção de Aristóteles, recebida pela escola hegeliana⁹⁴³ e a que WELZEL, através de NICOLAI HARTMANN, recorreu no quadro de uma orientação fenomenológica que acentua a diferença essencial da acção relativamente ao processo causal. Mas é também a acção intencional que é o ponto de referência da neurociência quando aborda as chamadas acções voluntárias, como vimos atrás a propósito da questão do livre arbítrio. Na sua formulação mais divulgada a acção jurídico-penal dolosa caracteriza-se por surgir a partir de um processo consciente, que parte do desejo ou proposta de um

⁹⁴³ Que o conceito de acção de HEGEL (considerado por RADBRUCH (1903), 139, como “o pai do conceito de acção do Direito Penal”) se baseia na acção dolosa, é acentuado por ROXIN (2006), § 8 B, notas 9, 10.

fim, a que se segue a deliberação através da qual o agente, depois de optar entre alternativas de acção, chega a uma decisão que abrange a escolha dos meios e do movimento corporal ou da sua omissão. Em síntese, nessa descrição que o Direito Penal faz da acção dolosa, a uma primeira fase de desejo segue-se uma segunda fase de deliberação e uma terceira de decisão, a que se segue, finalmente, a acção que inicia o processo causal.

Depois de desenvolver a teoria do crime doloso, tomando por referência a acção dolosa, a dogmática penal (especialmente nas orientações finalista e pós-finalista) preocupa-se em alargar este conceito (esta estrutura) aos casos de negligência consciente, em que a realização do tipo é prevista conscientemente, mas não aparece como fim do agente. Também neste caso encontramos ainda uma deliberação conducente a uma acção que poderá produzir o resultado típico que, embora não querido, foi pensado como possível. Também aqui, pois, como na acção dolosa, ao processo deliberativo se segue uma decisão que inicia o processo causal.

Ora, através dos seus estudos, LIBET coloca em causa esta estrutura. Evidencia que as coisas não se passam exactamente assim, não sendo a decisão de actuar tomada conscientemente no final de um processo deliberativo mas, antes, de forma inconsciente. Quanto à consciência da deliberação e da decisão verifica-se, segundo LIBET, uma retro projecção da consciência da decisão, no sentido de que o agente crê que a consciencialização foi anterior à decisão quando, de facto, foi posterior. Verifica-se, pois, um erro quanto à decisão e à sua consciência (que é posterior e não anterior àquela). O que justifica, contudo, a conclusão de que ainda assim estamos perante uma acção voluntária é, segundo LIBET, a possibilidade de veto, a que já fizemos referência, que surge (ou pode surgir) após a tomada de consciência da decisão. Em suma: o controlo surge com a consciência da tomada de decisão iniciada inconscientemente e a possibilidade de vetar a acção⁹⁴⁴. Ora, quer na linguagem vulgar quer no Direito Penal,

⁹⁴⁴ É preciso distinguir a capacidade de vetar uma decisão inconsciente anterior, que é relevante para a questão de saber se há o controlo que permite afirmar a existência de

entende-se que se justifica falar de acção sempre que há poder de controlo, que é aqui entendido como evitabilidade da acção. Controlo é o poder de intervir causalmente. É o poder de evitar, que se manifesta evitando ou não evitando. É isso que permite falar em acção quando se realiza o facto típico⁹⁴⁵. Uma das mais-valias das investigações de LIBET está, assim, precisamente em contribuir para delimitar o conceito de controlo, demonstrando que também existe quando há consciência depois da decisão.

Por outro lado, a investigação de LIBET também confirma, embora alargue, o conceito tradicional de que o controlo se faz pela consciência, ao demonstrar que a possibilidade de controlo está relacionada com a possibilidade de intervenção consciente no processo causal⁹⁴⁶. Assim, devido às suas

uma acção ou omissão conscientes, da capacidade de motivação normal pelo dever no momento da acção de que depende a existência de culpa. O inimputável é capaz de agir, quer dolosa, quer negligentemente, mas não é capaz de se motivar normalmente. DAMÁSIO (2010), 335-336, confunde os dois problemas quando escreve, em crítica velada a LIBET: “os vetos instantâneos recordam-nos uma conhecida recomendação no problema da dependência das drogas: ‘Basta dizer não’. Esta estratégia poderá ser adequada quando temos de evitar um movimento inócuo do dedo, mas não quando é preciso deter uma acção impulsionada por um desejo ou apetite fortes, do exacto tipo que surge em qualquer dependência de drogas, álcool, alimentos sedutores ou sexo”.

⁹⁴⁵ Veremos mais à frente (cf. *infra* Parte II., Cap. III., 3.2.) que há quem fale em “controlo não consciente” da acção. Porém, como então evidenciaremos melhor, essa afirmação assenta numa noção de “controlo” que não pode servir de critério para a responsabilidade penal. A mesma crítica se pode fazer à admissão por DAMÁSIO (2010) de um controlo não consciente. Depois de acentuar que “os processos não conscientes estão, substancialmente e de várias formas sob uma orientação *consciente*”, diz este autor: “Por outras palavras, existem dois tipos de controlo das acções, consciente e não-consciente”. Haveria, no segundo caso, “um processo de transferência de parte do controlo consciente para um «server» não-consciente” (332). Não podemos de deixar de concordar que sob uma deliberação consciente poderão praticar-se vários actos não-conscientes, em relação aos quais não interessa averiguar se há controlo consciente. Mas relativamente à deliberação que tem por objecto uma acção ligada ao sinal objectivo de perigo, há que notar que só quando haja a possibilidade da sua consciência temos a possibilidade de controlo. Dessa forma, ao contrário de DAMÁSIO, não nos interessa apenas saber se houve antes de determinada acção uma deliberação ponderada, reflectida demorada. Até pode ter havido, mas o importante é que, também no momento da tomada de decisão de uma acção que lesa o bem jurídico (que pode conter vários elementos não conscientes), haja possibilidade da sua consciência.

⁹⁴⁶ Também de WEGNER, não obstante as discordâncias com o seu pensamento a que já fizemos referência, retiramos a ideia de controlo baseado na consciência – *rectius*, na experiência do querer consciente – como critério da acção. Com vimos essa consciência

investigações, o Direito Penal vê questionada a estrutura do processo da acção voluntária, mas não os princípios ou critérios que estão na base da atribuição da responsabilidade pelas acções⁹⁴⁷.

Transportando, agora, toda esta discussão para as hipóteses de negligência inconsciente, em que não chega sequer a haver consciência da possibilidade de realização do facto típico, dela decorre, acrescentamos nós, que haverá possibilidade de controlo (e, portanto, acção) se houver possibilidade de consciência da decisão de realizar a acção típica⁹⁴⁸. Com efeito, uma vez que o controlo se processa sempre através da consciência, há que concluir que só se pode controlar/evitar o que se puder conhecer. Portanto, o poder conhecer o que se pode evitar é o limite do controlável e, logo, da possibilidade de falar em acção negligente inconsciente. E, sendo assim, como efectivamente a neurociência nos demonstrou que é, chegamos, também por esta via, à centralidade da ideia de cognoscibilidade no âmbito da negligência inconsciente.

do querer consciente, da autoria da acção ou de que somos controladores da acção tem lugar como dedução de três conteúdos de consciência: de que o pensamento consciente da acção é anterior à acção, de que o pensamento da acção é consistente com a observação da acção e com a inexistência de outras causas potenciais da acção. É ainda necessário tempo e atenção para inferir a ligação causal. É certo que para WEGNER a experiência de causação como autor da acção é ilusória, como consequência necessária da teoria determinista, que adopta. Mas ainda assim são as condições da verificação dessa experiência que permitem distinguir o processo controlado por oposição ao processo automático e é este o ponto para nós relevante da teoria, se abstrairmos do postulado determinista não provado de que WEGNER parte e da generalização não provada dos casos de erro que estuda, conforme criticamos atrás.

⁹⁴⁷ Dos estudos de LIBET decorrem ainda dois outros contributos importantes para o conceito jurídico-penal de acção. Por um lado, muitos casos que tradicionalmente eram considerados de “acção” passam a ser considerados *automatismos* sem controlo, por não haver tempo necessário à consciência da tomada de decisão. Por outro lado, enquanto a dogmática tradicional separa radicalmente acção de automatismo e consciente de não consciente, dos trabalhos de LIBET decorre que, não deixando de ser coisas diferentes, pode haver automatismo e inconsciente na acção consciente. Em suma: podemos encontrar momentos de inconsciência e automatismo na própria acção consciente. Com LIBET os conceitos de consciente e inconsciente, automatismo e acção, passam assim a relacionar-se de maneira diferente. E essa relação interessa evidentemente, como vimos, à acção realizada com negligência inconsciente.

⁹⁴⁸ É claro que, quando falamos aqui de decisão de que é possível a consciência, não nos referimos a uma decisão efectiva, existente no passado, que afastaria a hipótese de negligência. Trata-se aqui da decisão, no sentido de que fala LIBET, como facto psíquico que dá início ao processo de realização do facto típico.

A partir daqui a pergunta decisiva passa a ser a de saber de que é que depende a possibilidade de conhecer de que, por sua vez, depende a possibilidade de controlar. Ora, embora neste estudo nós tratemos de casos – os de negligência inconsciente – que não são os tratados directamente por LIBET, cremos, contudo, que pode e deve aplicar-se a estes casos o mesmo princípio. Ou seja, *centrar na consciência o critério da possibilidade de controlo*. Porém, uma vez que na negligência inconsciente não há, por definição, consciência efectiva da decisão penalmente relevante (senão haveria negligência consciente) tem de haver, pelo menos, consciência de algo que permita a possibilidade efectiva da consciência da decisão penalmente relevante, ou seja, da realização do facto típico. Esse algo serão, como demonstraremos mais à frente, os “sinais objectivos de perigo”, na medida em que sejam relacionáveis com o facto típico. Com efeito, como explicaremos melhor já de seguida, só está no nosso poder representar algo (facto típico) se tivermos representação (consciência) de algo ligado causalmente com esse facto típico.

Capítulo II

Elementos necessários à cognoscibilidade individual da realização do facto típico

1. Consciência sensorial ou cognitiva dos sinais objectivos de perigo

LIBET demonstrou que é a consciência que permite controlar o comportamento. Agora há que dar um novo passo. Há que demonstrar que é também a consciência que permite aceder às partes do cérebro responsáveis pela planificação (aqui, o juízo de previsibilidade da realização do facto típico). Não significa isto que não possa haver previsibilidade sem consciência, mas apenas que sem consciência não há possibilidade de controlo dessa previsibilidade. Uma vez que é a consciência que permite convocar as partes do cérebro responsáveis

pelo raciocínio e planificação, ela constitui uma condição necessária (um pressuposto), embora ainda não suficiente⁹⁴⁹, da possibilidade de controlar o que se prevê. Se, na negligência inconsciente, o fundamento da responsabilidade penal se encontra, antes de mais, na “possibilidade de prever” (cognoscibilidade), tem então que se demonstrar que o agente podia controlar a possibilidade de prever a realização do facto típico, o que, desde logo, só é possível com consciência dos factores (sinais objectivos de perigo) de que decorre essa previsibilidade⁹⁵⁰. Procuraremos, já de seguida, demonstrar isto mesmo, a partir da concretização dos próprios conceitos de “consciência” e de “sinais objectivos de perigo”.

1.1. Sobre a questão da consciência

O ponto da investigação em que nos encontramos impõe que aprofundemos um pouco mais, a partir dos conhecimentos já adquiridos pela neurociência, a questão da consciência e da sua função, para, a partir daí, podermos justificar, com base científica, as afirmações que fizemos. Fá-lo-emos, fundamentalmente, a partir dos trabalhos de CHRISTOF KOCH, geralmente reconhecido como sendo, naquela área, autor das mais importantes investigações sobre o tema da

⁹⁴⁹ Até porque, como já foi referido (cf. *supra* Parte II, Cap. I, 1.), o processo de tomada de decisão tem componentes conscientes e não conscientes e, como se verá, também é necessário que se verifiquem outros elementos para afirmar a cognoscibilidade.

⁹⁵⁰ Como dissemos *supra*, uma vez que na negligência inconsciente não há, por definição, consciência efectiva da decisão penalmente relevante (senão haveria negligência consciente), tem de haver, pelo menos, consciência de algo que permita a possibilidade efectiva da consciência da decisão penalmente relevante. Esse algo serão os “sinais objectivos de perigo”, enquanto elementos relacionáveis com o facto típico, uma vez que só está no nosso poder representar algo (o facto típico) se se representar (com consciência) algo ligado causalmente com esse mesmo facto.

consciência⁹⁵¹. KOCH entende que, para a sua investigação, pode partir de uma definição de trabalho de consciência⁹⁵², que vai buscar a SEARLE, segundo a qual: “a consciência consiste naqueles estados de experiência sensorial (*sentience*), sentimento ou *awareness*, que começam de manhã quando acordamos de um sono sem sonhos e continuam ao longo do dia até que caímos em coma ou morremos ou adormecemos de novo ou ficamos inconscientes de outro modo”⁹⁵³. Acrescenta, porém, que em vista do avanço da ciência da consciência, esta definição provisória “precisará de ser refinada e expressa em

⁹⁵¹ KOCH (2004) é frequentemente considerado a melhor obra sobre o tema da consciência escrita nos últimos anos. Nesse sentido, por exemplo, SEARLE (2005), 36-39, que acrescenta que um dos seus grandes méritos está em “fornecer uma imagem clara do estado actual da investigação neurobiológica da consciência”. Devemos, porém, alertar desde já para o facto de que não vamos expor, em toda a sua extensão, os resultados da investigação de KOCH, mas apenas realçar aqueles que são particularmente importantes para responder à questão que agora nos ocupa. É de realçar o contributo essencial para esta obra de FRANCIS CRICK (investigador que, juntamente com JAMES WATSON, descobriu a estrutura do DNA). Esse contributo é especialmente realçado pelo próprio KOCH que, no prefácio (xvi-xvii), destaca precisamente que as ideias expressas na sua obra são fruto de intensa colaboração com aquele investigador. Ainda dos mesmos autores cf., mais recentemente, CRICK, KOCH (2007), 567-579. Sobre a história da evolução dos estudos científicos na temática da consciência cf., também, FRITH, REES (2007), 9-20. DAMÁSIO (2010), 387-388, que confessa ter sido influenciado por FRANCIS CRICK, diz que, por um lado, “o estudo da consciência expandiu-se de tal maneira que deixou de ser possível fazer-se justiça a todas as novas contribuições” e, por outro, “as diferentes perspectivas e terminologias fazem com que qualquer trabalho sobre a consciência se assemelhe a um passeio através de um campo minado”. Todavia, acrescenta, “é razoável analisar as questões e usar os dados presentes por mais incompletos e provisórios que sejam para elaborar uma conjectura testável”.

⁹⁵² Logo à partida KOCH (2004), 2, nota 2, esclarece que ao longo do texto usará as expressões *awareness* e consciência como sinónimas, pelo que está no essencial de acordo com LIBET no sentido de que esta se caracteriza fundamentalmente pela presença daquela.

⁹⁵³ KOCH (2004), 11-12. SEARLE (2007), 41-43 nota ainda, a propósito desta consciência de algo, que há uma distinção entre a percepção consciente de um elemento exterior – estar a ver uma árvore, por exemplo –, que, segundo o próprio, terá um carácter passivo, uma vez que gera a sensação de que o que é observado (o que é experimentado) não depende da vontade do sujeito, mas do modo como o mundo é e de como é o nosso aparelho perceptivo, e a consciência da acção voluntária – por exemplo, de acenar com o braço – que já terá um carácter activo, uma vez que já encontramos nela uma característica da nossa experiência de liberdade.

termos neuronais mais fundamentais”⁹⁵⁴. Considerando esta observação, poder-se-ia pensar que KOCH tem um programa de redução da consciência a estados neuronais, mas não é o caso. Tal como LIBET, KOCH defende que a consciência é uma propriedade emergente de certos sistemas biológicos – no caso, de interacções específicas entre neurónios e os seus elementos – sabendo-se que um sistema pode ter propriedades emergentes que não são possuídas pelas suas partes⁹⁵⁵. E observa que as características dos estados cerebrais e dos eventos mentais “parecem ser demasiado diferentes para serem completamente redutíveis uns aos outros”⁹⁵⁶. Tal como LIBET, KOCH também diz: “tomo a experiência subjectiva como dada e assumo que a actividade cerebral é necessária e suficiente para que criaturas biológicas tenham experiência de algo”⁹⁵⁷. O seu “objectivo é identificar a natureza específica desta actividade, os correlatos neuronais da

⁹⁵⁴ Apesar de admitir a sua utilização como definição de trabalho, KOCH (2004), 12, não deixa de criticar esta definição, quer por ser demasiado vaga, quer por não abranger um vasto conjunto “de experiências conscientes que normalmente não são lembradas: sonhos realistas (*vivid dreams*) que não podem ser distinguidos da vida real”. Não obstante, acrescenta logo a seguir que nada disso impede que ela possa ser utilizada como ponto de partida, uma vez que definições mais elaboradas de consciência não serão, nesta fase do conhecimento, mais úteis, podendo, pelo contrário, ser demasiado restritas, enganosas ou ambas as coisas. Em artigo publicado, em 2005, na *New York Review of Books*, a que já fizemos referência, SEARLE (2005), 36, esclarece, no entanto, que considera que de acordo com a sua definição “os sonhos são uma forma de consciência”. A outro propósito aponta ainda, no mesmo local, quatro características essenciais da consciência assim definida. Os estados de consciência são, em primeiro lugar, qualitativos, no sentido de que “*there is something that it feels like*”. Em segundo lugar são subjectivos, no sentido de que só existem como experimentados por um sujeito. Em terceiro lugar são tipicamente sobre algo. Finalmente, são reais e irredutíveis.

⁹⁵⁵ KOCH (2004), 10-11.

⁹⁵⁶ KOCH (2004), 19.

⁹⁵⁷ *Ibidem*.

consciência (*neuronal correlates of consciousness* - NCC)⁹⁵⁸ e determinar em

⁹⁵⁸ Por correlatos neuronais da consciência (NCC) devem entender-se os processos neuronais relacionados com a consciência. O objectivo de KOCH consiste em identificar quais são esses mecanismos neuronais mínimos cuja verificação simultânea é necessária e suficiente para permitir uma experiência de consciência. Não cabe apresentar aqui em detalhe essa base biológica da consciência tal como ela é descrita por KOCH ao longo de todo o livro. No essencial, devemos esclarecer que o Autor se concentra no estudo da visão, procurando seguir o estímulo visual desde o seu impacto na retina até aos pontos do cérebro onde ele espera encontrar e identificar os correlatos neuronais da consciência. Ciente da dificuldade, especialmente para um leitor que não esteja familiarizado com a linguagem científica que acompanha necessariamente estas questões, KOCH, no final do livro, constrói uma entrevista imaginária feita a si próprio em que sintetiza de forma mais acessível o essencial das suas ideias, sugerindo mesmo ao leitor, logo no prefácio, que comece a leitura por aí. Transcrevemos aqui a parte dessa hipotética entrevista em que KOCH explica em que parte do cérebro se pode encontra a base biológica da consciência e em que é que ela consiste (KOCH (2004), 323-324):

“C (Christof): (...) We hypothesized that a major function of consciousness was to plan for the future, allowing the organism to rapidly deal with many contingencies. This, by itself, was not so different from what other scholars had proposed. We took this argument a step further and asked about its neuroanatomical consequences. Because the planning parts of the brain are located in the frontal lobe, the NCC must have direct access to these brain regions. It turns out that in the monkey, none of the neurons within the primary visual cortex, VI, at the back of the brain, send their output to the front of the brain. We therefore concluded that VI neurons are not sufficient for visual perception, that visual consciousness requires higher cortical regions. That's not to say that an intact VI isn't necessary for seeing. Just as the neural activity in your eyes does not correspond to visual perception [...] VI activity is necessary but insufficient for sight. VI is probably not necessary for visual imagery or for experiencing visual dreams.

I (Interviewer): I don't see why you make such a big deal out of this. So what if the NCC aren't in VI?

C: Well, if true – and the current evidence is quite encouraging – our hypothesis represents a modest but measurable step forward. This is emboldening because it demonstrates that, with the right approach, science can make progress in uncovering the material basis of consciousness. Our hypothesis also implies that not all cortical activity is expressed consciously.

I: So where, among the vast fields of the cortex, are the NCC?

C: Look within the ventral, "vision-for-perception", pathway if you're concerned with visual consciousness. Coalitions of neurons in and around the inferior temporal cortex, supported by feedback activity from cells in the cingulate and frontal cortices, is essential. By way of this reverberatory feedback activity, the coalition can win out over its competitors. The echoes of this conflict can be picked up by EEG or functional brain imaging. Ongoing electrophysiological explorations of these brain regions continue apace. A popular strategy exploits visual illusions in which the relationship between an image and its associated percept is not one-to-one. Although the input is continuously present, sometimes you see it one way and sometimes in another. Such bistable percepts

que medida eles diferem da actividade cerebral que influencia o comportamento sem envolver a consciência”. E, tal como LIBET e SEARLE, considera ainda que “é altamente improvável que a consciência seja um mero epifenómeno. Ao contrário, a consciência contribui para a sobrevivência da sua própria carreira. Quer isto dizer que a actividade dos correlatos neuronais da consciência tem de afectar outros neurónios de algum modo. Esta actividade posterior aos correlatos neuronais da consciência influencia por sua vez outros neurónios que por último causam um certo comportamento. Esta actividade pode retornar aos neurónios dos correlatos neuronais de consciência e a estados hierarquicamente anteriores, complicando as coisas significativamente”⁹⁵⁹.

Diferentemente de LIBET, KOCH concentra-se na sensação ou consciência *visual*⁹⁶⁰, a que chama percepção visual, por oposição à detecção visual que se

– the Necker cube is the classical example – are used to track the footprints of consciousness among the different neuronal cell types in the forebrain.

I: Why invoke a loop from the sensory regions of the cortex to the more frontal ones?

C: As I just mentioned, this is one of the pivotal roles of consciousness in the life of an organism – to plan for multi-contingency situations that can't be dealt with by the nonconscious sensory-motor agents. It is probably the projections to and from the frontal lobes, responsible for planning, thought, and reasoning and the seat of the self, that create the powerful feeling that there is a homunculus inside my head, the true “me”. The little person – the original meaning of the term homunculus – is part of the front of the cortex observing the back. Or, in anatomical terms, the anterior cingulate, prefrontal, and premotor cortices are receiving a strong, driving synaptic input from the back of the cortex [...].”

Para uma descrição parcialmente diferente da base neuronal da consciência, centrada já não apenas na consciência visual, mas que tem em conta os seus aspectos essenciais mais gerais, cf. EDELMANN, TONONI (2000).

⁹⁵⁹ KOCH (2004), 18.

⁹⁶⁰ KOCH apresenta vários argumentos para estudar a consciência através da visão: primeiro, os humanos são criaturas visuais, como se reflecte na grande quantidade de tecido cerebral ligada à análise de imagens e da importância que a visão tem no dia-a-dia; segundo, as prestações visuais são fortes e ricas em informação, sendo fotografias e filmes muito estruturados e, não obstante, fáceis de manipular, utilizando gráficos de computadores; terceiro, a visão pode ser mais facilmente iludida do que os outros sentidos e a compreensão da base neuronal das ilusões visuais pode ensinar-nos muito acerca da base neuronal da consciência; quarto, a base neuronal de fenómenos visuais e de ilusões tem sido extensivamente investigada no mundo animal. KOCH (2004), 14, 15 e 19, conclui que a visão é mais fácil de investigar que outras formas de consciência e considera provável partir da hipótese de que as sensações subjectivas associadas com essas outras formas são causadas, dado o modo como opera a selecção natural, por

traduz numa visão sem consciência⁹⁶¹. Esta distinção é especialmente relevante em processos sensório-motores. Nestes é preciso distinguir, como já vimos com LIBET, comportamentos estereotipados, que se podem imaginar como praticados por criaturas hipotéticas não conscientes (vulgarmente apelidadas de *zombies*) e

eventos e circuitos neuronais semelhantes. O trabalho de CRICK e KOCH, faz notar DAMÁSIO (2010), 406, “concentra-se nos aspectos mentais da consciência e confessa explicitamente que o eu não faz parte dos seus planos de investigação”. Em contraste, DAMÁSIO pretende “optar pela abordagem da consciência através do eu” (230). O contraste não deverá ser sobrevalorizado. Na verdade, DAMÁSIO pode descrever o objecto do seu livro referindo-se apenas à mente, e não directamente ao eu: “Este livro aborda duas questões. Primeira: como é que o cérebro constrói uma mente? Segunda: como é que o cérebro torna essa mente consciente?” (22). É na resposta à segunda pergunta que DAMÁSIO faz intervir o eu: “para que o cérebro se torne consciente precisa de adquirir uma nova propriedade: *a subjectividade*” (27-28). Além disso, DAMÁSIO estabelece três componentes para se estar consciente: 1.^a – estar acordado; 2.^a – ter uma mente operacional; 3.^a – ter a experiência do eu como protagonista da experiência. Mas, apesar de dizer que são processos cerebrais diferentes e separáveis, não deixa de notar que “eles fundem-se perfeitamente, no dia-a-dia” e que “não são, no entanto, ‘compartimentos’” (209). Por outro lado, um autor como LIBET parte, como pressuposto metódico essencial da investigação sobre a consciência, do relatório introspectivo subjectivo (*supra* nota 822). E, tal como LIBET, também KOCH afirma, como já vimos, que aceita que se parta da experiência subjectiva. Fazem, assim, intervir o eu. Este será, nas palavras de DAMÁSIO, “o protagonista imaginado, no processo da mente, para os nossos acontecimentos mentais” (209). Isto é: quer KOCH, quer LIBET, não dividem o processo mental do processo do eu ao estudarem unificadamente a respectiva base neuronal da consciência, mas não deixam de o ter em conta na análise da consciência. Nesta medida, poderá falar-se de uma abordagem diferente da de DAMÁSIO. Mas, como precisamente sublinha este último, “uma vez que o trabalho associado a cada abordagem continua a produzir ideias úteis, não é, por enquanto, necessário decidir qual a abordagem que se virá a revelar mais satisfatória” DAMÁSIO (2010), 28. Segundo SEARLE (2011), 52, é “mais plausível que formas de consciência não patológicas vêm já com o sentido do eu (*self*). O nosso sentido do eu (*self*) é o produto de certa forma de consciência, e não o contrário. É por isso que perdemos esse sentido em formas patológicas da consciência”.

⁹⁶¹ KOCH (2004), 2, nota 2. A este propósito importa notar – (nesse sentido, cf., para além do próprio KOCH, *ob cit.*, *loc cit.*, CLARK, 454) – que a linguagem utilizada nesta área é muitas vezes equívoca, sendo frequente a atribuição de sentidos não coincidentes à mesma palavra ou expressão. Quanto a nós, seguiremos a terminologia proposta por KOCH no texto, segundo a qual a “percepção”, ao contrário da “detecção”, pressupõe a consciência. Substancialmente diferente do que se acaba de dizer é a perspectiva de NICHOLAS HUMPHREY que, por razões que não são de natureza terminológica, veio defender que a “percepção” é sempre inconsciente, sendo que o que é consciente é a “sensação”. Para uma apreciação crítica aprofundada desta perspectiva, com a qual estamos no essencial de acordo, cf. SEARLE (2006), 51-55.

comportamentos de agentes conscientes⁹⁶². O que acontece é que na vida quotidiana há muitos comportamentos estereotipados que se processam neuronalmente como se tivéssemos agentes *zombies* dentro de nós. No campo visual⁹⁶³ KOCH acolhe a distinção de DAVID MILNER e MELVYN GOODALE, segundo a qual é possível sistematizar diferentes correlações entre duas formas de visão⁹⁶⁴ e os comportamentos consequentes no agente *zombie* e no agente

⁹⁶² KOCH distingue, contudo, estes “comportamentos *zombie*” dos actos puramente reflexos, considerando que os primeiros são mais complexos. Admite, porém, que eles podem ser pensados como comportamentos reflexos “flexíveis e adaptativos que envolvem centros superiores” (2004), 207, 317. Sobre esta distinção entre acções automáticas (não conscientes) e controladas (ou com consciência), a que voltaremos mais tarde, cf., também, JEANNEROD (2007), 540-549.

⁹⁶³ KOCH (2004), 214, faz notar que os comportamentos *zombie* não estão limitados ao campo visual, podendo encontrar-se em todos os sentidos.

⁹⁶⁴ No campo visual MILNER, GOODALE (1995) identificaram a existência de duas vias ou percursos visuais distintos suportados por redes que operam em partes diferentes do cérebro e que denominam, respectivamente, de visão para a percepção (*vision-for-perception*) e visão para a acção (*vision-for-action*). Num texto mais recente GOODALE (2007), 616-627, veio reafirmar o essencial dessa investigação, reforçando as seguintes ideias fundamentais: em primeiro lugar que os *inputs* visuais exteriores são enviados para duas vias visuais diferentes e, até certo ponto, independentes, nos quais o processamento da informação é moldado de acordo com a específica função que cada um desses percursos procura servir (616). GOODALE argumenta (617), recuperando as conclusões de um texto anterior escrito igualmente em colaboração com MILNER (MILNER, GOODALE (1992), 20-25), que é o fluxo ventral (*ventral stream*) que desempenha o papel mais importante na representação perceptual do mundo visual e dos objectos nele incluídos, enquanto o fluxo dorsal medeia o controlo visual das acções dirigidas a esses objectos. GOODALE esclarece, porém, que não se trata aqui da distinção entre o “quê” e o “onde” (ou visão do objecto e visão espacial), que foi originariamente avançada para descrever os duas vias no macaco. No seu esquema os atributos espaciais e estruturais de um objecto são processados por ambas as vias embora para diferentes objectivos. Como esclarece, “no fluxo ventral (...) as transformações fornecem as características dos objectos e as suas relações, permitindo a formação de representações perceptuais a longo prazo, que constituem o conteúdo da nossa consciência visual. Essas *representações desempenham um papel essencial na identificação dos objectos e eventos e permitem-nos classificá-los, atribuir-lhes sentidos e significados e estabelecer relações causais. Essas operações são essenciais para a acumulação de conhecimentos sobre o mundo, comunicar com os outros e planear futuros cursos de acção*” (itálico aditado). Em contraste, as transformações operadas pelo fluxo dorsal lidam com a informação momento a momento, sobre as características estruturais e espaciais dos objectos, de forma a “mediar o controlo visual de acções habilidosas tais como alcançar ou agarrar esse objecto”. E, como ainda acrescenta (p. 618), “estas duas vias de processamento visual trabalham em conjunto na produção do comportamento adaptativo. A *representação perceptual construída pelo fluxo ventral interage com vários mecanismos cognitivos de alto nível e possibilita ao*

consciente. Assim, o *input* visual é relativamente simples para o primeiro (vê o objecto a dirigir-se para o corpo) e pode ser complexo para o segundo (ver o martelo)⁹⁶⁵; a resposta motora é estereotipada para o primeiro (desvia o corpo) e pode haver várias respostas possíveis para o segundo (desvia ou agarra); o tempo de processamento da resposta é curto para o primeiro e é sempre mais longo para o segundo; as coordenadas usadas são egocêntricas para o primeiro e centradas no objecto para o segundo. Finalmente, outra diferença essencial, da perspectiva em que nos colocamos na presente investigação, é a de que o “agente zombie” age antes de vermos, com consciência, o objecto⁹⁶⁶.

organismo escolher um particular curso de acção face aos objectos no mundo (...), enquanto a rede visual-motora do fluxo dorsal (e as partes corticais e sub-corticais associadas) é responsável pela programação e controlo simultaneo dos particulares movimentos em que a acção se traduz” (itálico aditado). Para explicar melhor o modo como estas duas vias trabalham em conjunto na produção do comportamento adaptativo, GOODALE utiliza a metáfora da teleassistência ou controlo supervisionado, em que um operador humano identifica um potencial objecto num espaço perigoso ou distante (no fundo de uma mina ou mesmo na superfície de outro planeta) através de uma videocâmara instalada num robot semi-autónomo que está efectivamente nesse espaço. Nesta metáfora o operador humano corresponde ao fluxo ventral, enquanto o robot corresponde ao fluxo dorsal. Ora, KOCH (2004), 131, aceita integralmente esta distinção de MELVYN e GOODALE, afirmando também ele que “a informação visual move-se ao longo de dois largos fluxos ao longo do córtex, a via ventral (visão para a percepção) e a via dorsal (visão para agir). Começando no VI (córtex visual primário), as duas divergem e fluem em direcção ou ao córtex temporal inferior (ventral) ou ao córtex parietal posterior (dorsal). A partir daí, elas projectam-se para partes diferentes do córtex pré-frontal, onde voltam a convergir. Enquanto o sistema ventral é responsável pela visão consciente da forma e do objecto, o sistema dorsal extrai a informação necessária para acções motoras com direcção visual”.

⁹⁶⁵ A este propósito KOCH (2004), 212, 216, realça que a função da visão para agir conduz a um enfoque do sistema visual em aspectos como a distância do agente em relação ao objecto sobre que se vai agir, o seu tamanho ou outros aspectos de medida, ao passo que, diferentemente, o modo de visão para a percepção se orienta para o *reconhecimento* das coisas (o que elas são) e não para a sua localização espacial ou tamanho.

⁹⁶⁶ A este propósito, KOCH (2004), 213-214, dá o exemplo de que nós somos capazes de agarrar um lápis antes mesmo de o vermos, com consciência, a rolar e a cair da mesa. Cita ainda, nesta parte, uma experiência efectuada por o MARC JEANNEROD e outros investigadores do Instituto de Ciências Cognitivas de Bron, França, através da qual procuraram estimar o atraso entre uma resposta rápida manual e a *awareness* subjectiva. Três pinos foram colocados em frente de um observador com a mão repousada em cima da mesa. De repente o pino central foi iluminado por debaixo e ele teria de alcançá-lo e agarrá-lo o mais rapidamente possível. Nessa altura a luz era mudada, ora para o pino da direita ora para o da esquerda, imediatamente depois da mão começar a mover-se e este

Diante, porém, da constatação de que nós podemos fazer tanto⁹⁶⁷ – e, em alguns casos, tão bem ou melhor – sem consciência, KOCH chega a colocar a questão de saber para que é que serve então a consciência⁹⁶⁸, acabando por concluir que ela atribui aos seres humanos, até do ponto de vista da sua sobrevivência e evolução, inegáveis vantagens, visto que “*anda lado a lado com a capacidade de planear, de reflectir sobre vários possíveis cursos de acção, e de escolher um*” (itálico aditado)⁹⁶⁹. O autor desenvolve depois esta afirmação precisamente quando se propõe tratar das *funções da consciência*⁹⁷⁰. A este propósito, porém, sente a necessidade de esclarecer que as considerações que fará acerca das funções da consciência não se mantêm, ao contrário do que acontece com o resto das suas investigações nesta área, “apertadamente chegadas aos factos, focando-se no trabalho relevante da psicologia e das ciências do cérebro”⁹⁷¹. No entanto, acrescenta, a perspectiva adoptada, que partilha com CRICK, conduz “a algumas predições específicas e verificáveis empiricamente”⁹⁷².

A este propósito KOCH atribui à consciência, em primeiro lugar, a função de proceder à elaboração de um sumário executivo (*executive summary*) e torná-lo acessível ao sujeito. Neste ponto começa por recordar a posição assumida por si e por CRICK, logo em 1995⁹⁷³, no sentido de que a função da visão com consciência (ou o seu correlato neuronal) seria “produzir a melhor interpretação actual do cenário visual, à luz da experiência passada, nossa e ou dos nossos

passava a ser o novo alvo. Assim que o sujeito visse o novo alvo a acender deveria gritar. Em média 315 ms passaram entre o desencadear da resposta motora e a vocalização. De facto, em alguns casos, o sujeito já tinha levantado o segundo alvo antes mesmo de representar que tinha um novo alvo – i.e., a acção precedeu a *awareness*.

⁹⁶⁷ KOCH (2004), 3, 318, afirma mesmo que a maior parte das nossas acções diárias – apertar sapatos, guiar, correr, conversar, lavar os dentes, dançar, ou qualquer outra actividade suficientemente treinada – são deste tipo.

⁹⁶⁸ Cf., designadamente, KOCH (2004), 205, 231.

⁹⁶⁹ KOCH (2004), 205, 318. No mesmo sentido cf., ainda, de CRICK, KOCH (2007).

⁹⁷⁰ KOCH (2004), 231 e ss.

⁹⁷¹ KOCH (2004), 232.

⁹⁷² KOCH (2004), 233.

⁹⁷³ CRICK e KOCH (1995).

antepassados (incorporada nos nossos genes), e torná-la acessível por tempo suficiente às partes do cérebro que contemplam, planeiam e executam ‘outputs’ motores voluntários (de certa espécie)”. Explicando melhor o significado desta conclusão, KOCH evidencia que o sistema nervoso central sofre, a todo o tempo, de uma sobrecarga de informação⁹⁷⁴, pelo que se torna necessário “...sumariar a maior parte dos factos pertinentes do mundo exterior de forma compacta e enviar esta descrição para os níveis do planeamento”⁹⁷⁵, para ajudar a decidir acerca do curso de acção adequado. Este sumário implica, inevitavelmente, como também alerta, que alguma informação se perca. Para explicar melhor esta função da consciência KOCH recorre ao exemplo de muitos líderes de grandes organizações (cita, mesmo, a propósito, o caso conhecido do antigo Presidente dos Estados Unidos, Ronald Regan) que frequentemente solicitam, para tomar decisões, sumários concisos de toda – mas também de apenas – a informação relevante para a decisão⁹⁷⁶. Ora, KOCH argumenta que o mesmo se passa com o cérebro, em que “uma representação compacta do que se passa no mundo exterior é apresentada pelo tempo suficiente às partes do cérebro que podem escolher entre diversos cursos de acção. É disto que se trata na percepção consciente”⁹⁷⁷. Esclarece, ainda, que não pretende implicar que o planeamento ou a tomada de decisões sejam necessariamente actividades mentais conscientes (refere mesmo que normalmente não o são). O que propõe é que a *awareness* aparece para

⁹⁷⁴ Dá como exemplo (2004), 233, que milhões de *bits* de informação são transmitidas pelo nervo óptico em cada segundo; o corpo mexe-se continuamente e ajusta a sua posição, mandando emissões para o cérebro que codificam os ângulos de articulação, a extensão dos músculos etc. A pessoa está inserida em nuvens de moléculas de odores que interagem com o muco no nariz. Um conjunto de sons constantemente surge nos nossos ouvidos. Há uma mistura de eventos sensoriais, que o cérebro não é capaz de processar na sua totalidade em tempo real.

⁹⁷⁵ KOCH (2004), 233.

⁹⁷⁶ KOCH (2004), 234.

⁹⁷⁷ KOCH (2004), 234, onde, para além de referir a importância da consciência para o raciocínio linguístico, artístico, matemático e científico, bem como para a comunicação de informação, KOCH, tal como LIBET, também refere o facto de que “uma vez que a informação esteja conscientemente acessível, ela pode ser usada para vetar e suprimir comportamentos zombie ou as acções ou memórias inapropriadas para a situação que o agente tem em mãos”.

realizar as suas funções na interface entre o processamento sensorial e o planeamento.

KOCH refere ainda que a consciência é necessária para lidar com situações novas e pouco frequentes. Nas suas próprias palavras: “é necessário um “mecanismo com fins múltiplos” (isto é, a consciência), que permita o acesso ao planeamento, ao raciocínio inteligente e à tomada de decisão⁹⁷⁸. Nestes casos a acção será mais flexível embora, necessariamente, mais lenta⁹⁷⁹. Evidencia, contudo, que muitos comportamentos podem ser treinados de modo a que, tendo começado por ser comportamentos para os quais era necessária a consciência, se transformem em comportamentos sensorio-motores estereotipados – ou seja, sem necessidade de intervenção da consciência – (comportamentos *zombie*) e, portanto, passem a ser mais eficazes. Explica, nesse sentido, que é por isso que os atletas profissionais (por exemplo tenistas ou jogadores de basebol) repetem à exaustão situações onde uma fracção de segundo pode fazer a diferença entre a vitória e a derrota⁹⁸⁰.

O que dissemos atrás acerca, por um lado, da distinção entre a resposta *zombie* e a resposta com consciência e, por outro lado, das funções da consciência, permite-nos afirmar que só através desta é possível ao agente controlar a possibilidade de formular raciocínios (aqui, juízos de previsibilidade). Com efeito, se só a consciência permite que a situação exterior (aqui, os sinais objectivos de perigo) se apresente de forma acessível às partes do cérebro que planeiam e são responsáveis pela elaboração de raciocínios inteligentes pelo tempo suficiente para permitir escolher uma de entre várias possibilidade de

⁹⁷⁸ A este propósito diz que “como o NCC corresponde a uma espécie de actividade contínua que se projecta selectivamente mas extensivamente através do encéfalo frontal, muitas fontes computacionais e de memória tornam-se acessíveis uma vez que o evento é registado na consciência. Além disso, sistemas motores estão a postos para executar a acção desejada” KOCH (2004), 235. Acrescenta que o preço a pagar por isso é que são precisos muitos milésimos de segundo para um evento sensorio se tornar consciente.

⁹⁷⁹ KOCH (2004), 236.

⁹⁸⁰ Cf. DAMÁSIO (2010), 333, onde além do comportamento profissional dos atletas, refere o dos músicos, a propósito de competências não-conscientes adquiridas “graças a inúmeros exercícios conscientes anteriores, ao longo de uma curva de aprendizagem”.

comportamento, daí decorre necessariamente que só a consciência dessa situação exterior (dos sinais objectivos de perigo) dá a possibilidade ao agente de raciocinar sobre cada uma dessas alternativas de acção e antecipar as previsíveis consequências de cada uma delas.

Esta conclusão decorre igualmente das investigações a que procederam MYLNER e GOODALE, a que já fizemos referência. Como demonstram estes autores⁹⁸¹, são as transformações operadas no fluxo ventral (*ventral stream*) que permitem a formação de representações perceptivas de longo prazo, que constituem o conteúdo da nossa consciência visual. Essas representações desempenham, como os próprios afirmam, “um papel essencial na identificação dos objectos e *eventos e permitem-nos classificá-los, atribuir-lhes sentidos e significados e estabelecer relações causais*. Essas operações são essenciais para a acumulação de conhecimentos sobre o mundo, comunicar com os outros e *planear futuros cursos de acção*”. Mais à frente, no mesmo sentido, aqueles autores reforçam esta ideia afirmando que “as representações perceptivas construídas pelo fluxo ventral interagem com vários mecanismos cognitivos de alto nível e *possibilitam ao organismo escolher um particular curso de acção face aos objectos no mundo [...]*”(itálico aditado)⁹⁸².

⁹⁸¹ Para mais desenvolvimentos sobre a prova neurológica das conclusões a que chegam cf. GOODALE (2007), 619-623.

⁹⁸² Esta conclusão parece decorrer também do pensamento de LIBET, uma vez que, como vimos, considera a consciência como instância de controlo independentemente do conteúdo dessa consciência. À mesma conclusão chega também SEARLE, designadamente quando refere que entre as funções mais importantes da consciência estão as desempenhadas pela consciência perceptual que nos fornece informação sobre o mundo e nos permite, dessa forma, articular a percepção com as acções que desempenhamos (SEARLE (2006), 51). Cf., ainda, DAMÁSIO (2010), 330 “À medida que o processo de consciência se foi tornando mais complexo, e com a entrada em jogo de funções de memória, raciocínio e linguagem que evoluíram a par, foram introduzidos novos benefícios da consciência. Esses benefícios estão relacionados em grande medida com planeamento e deliberação. São inúmeras as vantagens nesse domínio. Tornou-se possível analisar o futuro possível e retardar ou inibir as reacções automáticas”.

1.2. Sinais objectivos de perigo

O que são os sinais objectivos de perigo de que é necessário ter consciência para que entre na esfera de domínio do agente a possibilidade de prever ou representar a produção do resultado ou, de forma mais geral, a realização do facto típico? Trata-se, antes de mais, de um conceito respeitante à causalidade possível de certos antecedentes – a que aqui chamamos sinais objectivos de perigo – relativamente a realização do facto típico. Por consequência, o conceito de perigo aqui relevante é limitado pela extensão máxima do perigo a evitar segundo o tipo legal de crime previsto na norma incriminadora. Por outro lado, podem dizer-se objectivos porque respeitam ao alcance máximo objectivo do tipo legal de crime, que abrange, como na causalidade adequada, todos os antecedentes – ou sinais objectivos de perigo – de nexos causais da realização do facto típico que são previsíveis pelo mais sábio dos homens na posição do agente⁹⁸³. Trata-se, por outro lado ainda, de um conceito normativo, que se recorta dentro do conceito científico de causa ou, mais rigorosamente, de condição *sine qua non*, incluído no conjunto de condições – ou causa total – da realização do facto típico, segundo o estado actual da ciência natural. O sinal objectivo de perigo poderá, pois, ser definido como *elemento ou factor ou conjunto de elementos ou factores de cuja consciência decorre a possibilidade de formulação de um juízo de previsibilidade de realização do facto típico, nos*

⁹⁸³ Seguimos aqui as formulações de ENGISCH (1931), 57 e ss., que considera relevante para a determinação do ilícito (“do que viola a norma jurídica, isto é, do que é materialmente incorrecto”), “o mais alto saber nomológico (inclusivamente do particular saber teórico do próprio autor)”. Esta formulação não conduz a resultados diferentes da de ROXIN (2006), § 11, n.º 40 que considera relevante o juízo anterior ao facto que um “observador objectivo que dispõe dos conhecimentos de uma pessoa sábia do respectivo círculo de tráfego e ainda do particular saber especial do autor”. Na prática o julgador não precisa de aceder ao mais alto saber nomológico, mas apenas àquele que é referido na fórmula de ROXIN, mas a fórmula de ENGISCH está focada no sentido da norma geral, que abrange naturalmente tudo o que pode ser sabido por todos os possíveis julgadores de todos os casos particulares.

*termos de um juízo de causalidade adequada formulado a partir do estado de conhecimento existente acerca das leis causais*⁹⁸⁴.

O sinal objectivo de perigo pode consistir num sinal exterior ao comportamento do agente, numa acção ou omissão deste, em elementos físicos ou psicológicos inerentes ao próprio agente do crime, ou, ainda, na conjugação dos anteriores. Assim, sinais objectivos de perigo que consistem em sinais exteriores ao comportamento serão, por exemplo, os sinais de aviso de matéria inflamável, de queda de pedras ou de deslize de terras. Já, por outro lado, a condução em excesso de velocidade ou o acender fogo numa floresta, que constituem sinais objectivos de perigo relativamente aos crimes de homicídio ou de ofensas corporais, serão exemplos de situações em que é o próprio comportamento do agente que constitui o sinal objectivo de perigo. Por outro lado ainda, factores como seja a cegueira, o cansaço físico, o não cumprimento do dever de informação associado ao início de uma actividade relacionada com essa informação, a dificuldade de concentração, a pura distracção, etc., ilustrarão situações de sinais objectivos de perigo que constituem elementos físicos ou psicológicos inerentes ao próprio sujeito. Finalmente, o sinal objectivo de perigo pode, como também já se disse, resultar da conjugação de diversos factores, como será o caso da conjugação do comportamento com o sinal exterior ou com um comportamento anterior, por exemplo numa situação em que o agente bebe uma garrafa do vinho antes de iniciar a condução, ou em que administra um

⁹⁸⁴ Do exposto resulta que nos inclinamos, seguindo neste ponto ROXIN (2006), §16, n.º11, para admitir diversos conceitos de perigo na teoria do crime, delimitados pela sua diversa função dogmática. Se ainda é possível a partir daqui formular um conceito geral de perigo é questão que não importa agora averiguar. De qualquer forma, não podemos deixar de referir que este nosso conceito não estará longe do conceito de perigo de FARIA E COSTA quando este afirma que “há perigo sempre que através de um juízo de experiência se possa afirmar que a situação em causa comportava uma forte probabilidade de o resultado desvalioso se vir a desencadear ou a acontecer”, FARIA (1992), 600.

medicamento susceptível de causar alergia ao paciente sem realização de uma análise prévia⁹⁸⁵.

Por outro lado, uma vez que a própria definição do sinal objectivo de perigo está ligada à capacidade para basear um juízo de cognoscibilidade do perigo, pode acontecer que só a conjugação de vários factores de perigo permita formar um sinal objectivo de perigo. Assim, por exemplo, poderá ser necessário conjugar uma certa velocidade de condução com o sinal de aproximação de uma escola e o horário de funcionamento escolar (e, segundo alguns, a própria presença de crianças⁹⁸⁶), para se poder falar de um sinal objectivo de perigo. De modo semelhante, poderá ser necessário conjugar a limitação da visão proporcionada pelo espelho lateral com a imprevisibilidade do comportamento de crianças desacompanhadas com menos de três anos, num caso de arranque de autocarro escolar em que o condutor não se certificou presencialmente da inexistência de crianças fora do autocarro.

É, ainda, importante notar duas coisas. Por um lado, a consciência do sinal objectivo do perigo, no sentido agora referido, é a consciência sensorial⁹⁸⁷ ou cognitiva como forma de “subjectividade qualitativa”⁹⁸⁸, como experiência subjectiva do sinal. Por outro, relativamente a alguns elementos do sinal objectivo de perigo, bastará aquela forma de consciência – também sensorial ou cognitiva – que a doutrina penalística por vezes conceptualiza a propósito do

⁹⁸⁵ Note-se ainda que, por exemplo, o comportamento de estar a beber álcool antes de iniciar a condução constitui sinal objectivo de perigo não apenas relativamente aos crimes de lesão que podem estar associados a esse comportamento, mas também relativamente ao próprio crime – de mera actividade – de condução com excesso de álcool.

⁹⁸⁶ Sobre uma tal divergência na jurisprudência alemã, discutida por DUTTGE, veja-se *supra* Parte I. I. 6.3.2.3.

⁹⁸⁷ Na generalidade dos casos essa consciência será composta por diversas partes. Neste sentido, refere DAMÁSIO (2010), 200: “que os estados mentais conscientes têm sempre conteúdo (são sempre acerca de alguma coisa) e que uma parte desse conteúdo tende a ser apreendido como conjuntos integrados de partes (como quando, por exemplo, vemos e ouvimos uma pessoa a falar e a caminhar na nossa direcção)”.

⁹⁸⁸ SEARLE (2011), 51. Trata-se da “experiência subjectiva da consciência” de LIBET (cf. *supra* nota 871) ou do “conteúdo de consciência” de MURPHY e BROWN (cf. *supra* nota 878).

conceito co-consciência⁹⁸⁹, e de que uma das formas é certamente aquela a que KOCH se refere como “*gist perception*”⁹⁹⁰ – ou consciência sumária ou do essencial. Assim, no exemplo de KOCH, o condutor que cruza de forma contemplativa as paisagens americanas concentrado na música que está a ouvir na rádio, não deixa de ter uma certa consciência do traçado da estrada ou do camião lento que tem à sua frente. É, no entanto, apenas uma consciência do essencial para permitir a continuação da acção (conduzir em segurança), que não se estende a outros aspectos dos objectos que não são relevantes para esse efeito, como, por exemplo, a matrícula do camião ou o número de passageiros.

No exemplo anterior esta forma de consciência tinha natureza sensorial. Mas a co-consciência pode, também, como dissemos, ser consciência cognitiva. Assim, por exemplo, o sujeito, além de ter a percepção – sensorial – do sinal de trânsito que indica a aproximação de uma escola, tem de ter também consciência – cognitiva – do significado essencial do mesmo. Repare-se, ainda, que esta última consciência pode ser excluída pela consciência, novamente no sentido cognitivo, de circunstâncias que excluem o valor do significado. Assim, por exemplo, a consciência cognitiva de que são seis horas da manhã exclui o

⁹⁸⁹ PLATZGUMMER (1964), 81 e ss, recolhe este conceito da psicologia da percepção de ROHRACHER para referir, não como nós, elementos do tipo subjectivo da negligencia inconsciente, mas elementos intelectuais do dolo que se referem aos componentes significativos das circunstâncias que integram o tipo, bem como qualidades ou relações normativas do autor cujo saber necessariamente acompanha a consciência do facto típico relevante para o dolo. A terminologia e os exemplos de PLATZGUMMER são retomados por ROXIN (2006), § 12, n.ºs 123 e 128 e ss, que, no entanto, acentua que nem todo o conhecimento latente se pode considerar co-consciente na situação concreta. Assim, também, FIGUEIREDO DIAS (2007), 13.ºCap., § 14-16.

⁹⁹⁰ KOCH (2004), 165-167. Também para esta forma de consciência – que, como o próprio KOCH refere, é menos estudada em laboratório (2004), 165 – valerão as considerações que fizemos sobre as funções da consciência, bem como a generalidade das que mais à frente faremos acerca dos diversos factores que a podem afectar. Embora o texto e os exemplos dados por KOCH se refiram apenas a situações em que esta *gist perception* assume a forma de consciência sensorial – i.e., à consciência de objectos ou situações captadas pelos sentidos, designadamente pela visão (2004), 165 –, tudo sugere que o mesmo fenómeno se pode estender a outros conteúdos de consciência de natureza já não sensorial mas cognitiva.

significado de ser provável a presença de crianças que está ligado ao sinal de trânsito⁹⁹¹.

Acresce, que, numa mesma situação de facto podem conjugar-se vários sinais objectivos de perigo. Assim, por exemplo, variando o caso que temos vindo a referir –em que estava em causa a presença de um sinal de aproximação de escola – pensamos que se houver, adicionalmente, a consciência da presença de crianças, teremos um segundo sinal objectivo de perigo na mesma situação. A cognoscibilidade do perigo aumenta necessariamente com o acréscimo dos sinais objectivos do mesmo perigo na mesma situação.

Este modo de formular o conceito de sinal objectivo de perigo permite-nos, por exemplo, nos conhecidos “*casos da talidomida*”, negar a existência de tipo subjectivo, por falta de um sinal objectivo de perigo de que o agente pudesse ter tido consciência, uma vez que à sua luz a ministração da talidomida não pode sequer ser descrita como sinal objectivo de perigo. Com efeito, os médicos que inicialmente prescreveram talidomida a mulheres grávidas para o tratamento de perturbações nervosas, não sabiam nem podiam saber que a talidomida poderia produzir malformação da criança, por não haver, ao tempo, quaisquer conhecimentos científicos a esse respeito. A relação causal só pôde ser estabelecida após o nascimento de várias crianças com malformações, depois das respectivas mães terem tomado esse medicamento. Pode hoje, e igualmente se podia ao tempo do julgamento, afirmar-se, nestes casos, a existência de uma lei causal entre a tomada de talidomida e as más formações das crianças. Mas ao tempo dos factos esses resultados não eram previsíveis para os médicos, nem sequer para o médico ideal com todo o saber científico ao tempo disponível.

⁹⁹¹ Mas importa fazer a distinção entre os conhecimentos do sujeito de que este tem consciência actual e os conhecimentos de que terá de se lembrar para se tornarem conscientes. Estes últimos não integram a consciência actual em nenhum sentido.

1.3. Exemplos da presença, não explícita, da referência à consciência dos sinais objectivos de perigo na jurisprudência portuguesa

A jurisprudência portuguesa sobre a negligência inconsciente preocupa-se geralmente em demonstrar a consciência de um ou mais sinais objectivos de perigo nas situações que tem de julgar, embora, normalmente, não conceptualize a exigência do requisito, nem o relacione com a cognoscibilidade da realização do facto típico, que verdadeiramente o justifica. A enumeração dos sinais objectivos de perigo em cada caso considerados relevantes, a que procederemos de seguida a partir de uma selecção de alguma jurisprudência, permite obter um panorama geral das situações típicas de negligência inconsciente em que qualquer teoria dogmática se tem de comprovar.

Assim, no homicídio negligente inconsciente (artigo 137.º do Código Penal), a possibilidade da morte de uma pessoa, em consequência do comportamento do agente, torna-se cognoscível para este se tiver consciência de um ou mais sinais objectivos de perigo de morte, como sejam, por exemplo (A) iniciar a condução depois de ter bebido excessivamente, em caso de acidente da viação por invasão da faixa contrária (Acórdão do Tribunal Judicial de Lagos, 1.º juízo, de 29 de Junho de 2009, processo n.º 1352/07.7GTABF); ou em caso de acidente de viação por virar à esquerda sem ceder passagem a motociclo que avistou a aproximar-se em sentido contrário (Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11 de Junho de 2008, processo n.º 296/02.3GAILH.C1⁹⁹²); ou em caso de acidente de viação por não guardar distância do veículo à sua frente, embatendo na sua traseira e fazendo-o atravessar-se na via onde foi abalroado por terceiro veículo (Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27 de Outubro de 2004, processo n.º 0442647); ou em caso de atropelamento mortal de peão que caminhava no mesmo sentido, por dele não se ter apercebido (Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 27 de Setembro de 1995, processo n.º 9350468); (B) invasão da faixa contrária (Acórdão do Tribunal da Relação de

⁹⁹² Os processos identificados pelo número assim formatado foram acedidos no sítio [http:// www.dgsi.pt/](http://www.dgsi.pt/)

Coimbra, de 4 Junho de 2008, processo n.º 591/05.OTACBR.C1); (C) excesso de velocidade e invasão da faixa contrária (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de Fevereiro de 2002, processo n.º 02P2104); (D) excesso de velocidade nas circunstâncias (chuva, lusco-fusco) (Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 21 de Janeiro de 2004, processo n.º 3840/03); (E) circular numa localidade desatento aos peões (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9 de Março de 2004, processo n.º 4678/2002-5); (F) avistar um vulto no chão ao atravessar uma povoação e não abrandar, pensando que se tratava de um papelão (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de Junho de 1999, BMJ, 488, 404); (G) sentir-se ensonado e continuar a conduzir (Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 4 de Março de 1987, CJ 1987, 2, 313); (H) estar encadeado pelo sol e ultrapassar ciclista (Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 16 de Novembro de 1988, CJ 1988, 5, 95); (I) ultrapassar sem visibilidade, atropelando ciclista ao retomar a mão direita (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 17 de Outubro de 1990, processo n.º 041223); (J) recuar sem sinalização de modo a ocupar toda a faixa de rodagem (Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 26 de Fevereiro de 1992, processo n.º 9210092); (K) recuar ocupando faixa contrária a 30 metros de curva (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25 de Março de 2004, processo n.º 03B4193); (L) passar dentro de uma localidade um cruzamento com sinal vermelho a mais de 70 km/hora (Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28 de Setembro de 2005, processo n.º 3148/2004, CJ 2005, IV, 238); (M) não reduzir a marcha em estrada aberta a veículos lentos, nomeadamente de tracção animal, numa altura em que lhe era previsível o encadeamento pelo sol (Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 7 de Novembro de 2000, BMJ, 501, 355); (N) deixar o camião em estrada inclinada travado só com o travão de mão (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 4 de Junho de 1986, processo n.º 038474); (O) manusear pistola com uma bala na câmara e sem mecanismo de segurança accionado (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 29 de Abril de 1998, processo n.º 98P149); (P) fechar arma com os canos em linha horizontal em relação ao solo (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 5 de Julho de 1989,

processo n.º 040148); (Q) apontar pistola ao peito de outrem manuseando os dispositivos de segurança sem verificar se a arma estava carregada (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26 de Março de 1985, processo n.º 37 717, BMJ, 345, 343; (R) apontar à cabeça de outrem espingarda de caça carregada por si (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de Dezembro de 1987, processo n.º 39 296, BMJ, 372, 282; (S) lançar quase em linha recta a composição pirotécnica a que se dá o nome de *very-light* em direcção a bancada oposta de um estádio, repleta de espectadores, não observando a proibição de entrada no local com *very-light* (decisão do Tribunal Judicial de Oeiras de 12 de Fevereiro de 1998, referida no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 6 de Julho de 2004, processo n.º 04A2070); (T) escavar areias por forma a criar um desnível vertical de cerca de nove a dez metros susceptível de provocar um desmoronamento sem o resguardar nem assinalar (Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 4 de Fevereiro de 1992, CJ, 1992, 1, 291); (U) iniciar uma actividade de canoagem em que participam 50 crianças, uma delas (que viria a morrer por afogamento), pelo menos, com 10 anos, tendo como vigilantes três professores dos quais dois incapacitados para salvamento em caso de acidente, sem verificação prévia das condições de navegabilidade e sem a existência de uma embarcação de apoio, ou ainda permitir a continuação da actividade depois de a vigilância ter ficado reduzida aos dois vigilantes incapacitados, ou, por parte do terceiro vigilante, abandonar a vigilância nas circunstâncias descritas (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28 de Abril de 2005, processo n.º 2207/2005-9); (V) ordenar a crianças que não sabem nadar que fossem brincar e fazer batimentos de pés para dentro de uma piscina em que a partir do meio dela não tinham pé, sem ter ou solicitar ajuda para vigiar e controlar as crianças (Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 4 de Fevereiro de 1998, processo n.º 9641060); (X) iniciar tratamentos de diálise a doentes com insuficiência renal crónica sem previamente fiscalizar a qualidade da água tratada (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de Outubro de 1998, CJ, ano VI (1998), tomo III, 183).

Também no caso do crime de ofensa à integridade física negligente inconsciente (artigo 147.º do Código Penal), a jurisprudência, sem conceptualizar como elemento relacionado com a cognoscibilidade, tem considerado como sinais objectivos de perigo conscientes: (A) em caso de dúvida sobre se a lesão cancerígena se situava na união dos quadrantes externos da mama esquerda, como resultava da apalpação, ou antes na união dos quadrantes internos como mencionava o relatório dos exames radiográficos, operar sem esclarecer a dúvida (Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 24 de Maio de 2006, não publicado); (B) empunhar uma pistola carregada e em condições de disparar e de produzir ferimentos graves em outrem (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de Maio de 1991, BMJ, 407, 321 ou processo n.º 41 572); (C) deixar movimentar-se livremente um cão de raça (pastor alemão) nas proximidades de uma criança de modo que poderia atacá-la (Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 9 de Fevereiro de 2004, processo n.º 1652/2003, CJ, 2004, I, 296).

No crime de ofensa à integridade física dolosa agravada pelo resultado de ofensa à integridade física grave causado por negligência (artigo 147.º n.º 2, do Código Penal) são de considerar sinais objectivos de perigo: (A) a agressão a soco e a pontapé de mulher de 72 anos, relativamente ao perigo de queda ao solo produtora de lesões graves (Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 2 de Maio de 1990,); (B) a agressão na cabeça, relativamente ao perigo de traumatismo cranioencefálico (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 16 de Abril de 1997, processo n.º 96P1232).

No crime de infracção negligente de regras de construção agravado pelo resultado de perigo para a vida, para a integridade física ou para bens patrimoniais de grande valor de outrem (artigo 277.º n.º 1, alínea a) e n.º 3 e 285.º do Código Penal): (A) a não verificação da existência de abertura de valas anteriores, relativamente ao perigo de morte por desprendimento de terras e de soterramento (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25 de Junho de 2008, processo n.º 06P1398); (B) a não colocação de protecções periféricas colectivas

relativamente ao perigo de queda de uma altura de 9 metros (Acórdão da Relação de Coimbra, de 29 de Janeiro de 2003, processo n.º 3666/02, CJ, 2003, I, 45)

No crime de condução sob o efeito do álcool (artigo 292.º do Código Penal): (A) a ingestão de bebidas alcoólicas antes de iniciar a condução relativamente ao perigo de uma taxa de alcoolémia igual ou superior a 1,20gl (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de Janeiro de 2007, processo n.º 06P4101).

No crime de incêndio negligente (artigo 253.º, n.ºs 1 e 2 da versão originária do Código Penal de 1982, actual artigo 272.º, n.ºs 1 e 2): atear fogo à palha em local próximo de casas de habitação, currais e arrecadações, relativamente ao perigo de incêndio (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25 de Outubro de 1995, processo n.º 048010).

No crime da especulação negligente (artigo 35.º, n.º 1, alínea b) e n.º 3 do Decreto-Lei n.º28/84, de 20 de Janeiro): (A) calcular apressadamente o preço (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de Outubro de 1989, processo n.º 040238); (B) calcular distraidamente o preço (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de Maio de 1989, processo n.º 040054).

No crime negligente contra a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares (artigo 24.º n.ºs 1 e 2 do Decreto-Lei 28/84, de 20 de Janeiro): (A) manutenção de produtos em câmara frigorífica sem verificação do seu estado de conservação (Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 28 de Novembro de 1990, processo n.º 9050419, e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Maio de 1991, processo n.º 0014895); (B) verificação da deterioração de unidades de um certo lote de produtos (laranjas) e manutenção em venda ao público do lote restante sem verificação do seu estado (Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 22 de Julho de 1994, processo n.º 266/94, BMJ, 438, 561).

2. Outros elementos necessários à cognoscibilidade individual da realização do facto típico

A consciência dos sinais objectivos de perigo é condição necessária, mas não suficiente, da possibilidade de prever a realização do facto típico e, portanto, de controlo pelo agente. A possibilidade de representar a realização do facto típico pressupõe, ainda, que o agente seja capaz de, a partir da representação dos sinais objectivos de perigo, elaborar os raciocínios lógicos que permitem a ligação daquilo de que ele tem consciência ao próprio facto típico. Isto implica que o agente tem de poder conhecer as leis causais que permitem ligar esses sinais objectivos de perigo, e as várias alternativas de acção de que dispõe, à realização do facto típico e ao modo de o evitar. Por consequência, o agente deverá ainda **(i)** ter ou poder ter consciência (por outras palavras, representar ou poder representar) da própria decisão de actuar num ou noutro sentido⁹⁹³ (sendo certo que este elemento não tem autonomia relativamente à própria consciência do sinal objectivo de perigo, quando o próprio comportamento é, por si só ou em conjugação com um sinal exterior, constitutivo do sinal objectivo de perigo); **(ii)** poder ter consciência do perigo não só abstracto como concreto da realização do facto típico através da sua acção; **(iii)** poder ter consciência da sua capacidade de evitar esse perigo (que implica representar o meio de evitar e a disponibilidade dele). Note-se, ainda, que vale também aqui o que dissemos atrás sobre as diversas formas de consciência que podem caracterizar a consciência do sinal objectivo de perigo. Poderá, assim, também relativamente a estes outros pressupostos da cognoscibilidade, a possibilidade de consciência assumir uma forma de possibilidade de consciência do essencial. Assim, por exemplo, pode bastar a possibilidade de consciência de que determinada substância é perigosa para a saúde, sem necessidade de que o agente detenha a possibilidade de consciência de todas as concretas formas de afectação da saúde que podem estar em causa.

⁹⁹³ É claro que, na negligência inconsciente, se trata aqui de uma decisão de actuar que não se confunde com a decisão de realizar a acção típica.

Capítulo III

Principais factores condicionantes da consciência dos sinais objectivos de perigo e dos demais elementos necessários à cognoscibilidade individual da realização do facto típico

Trataremos de seguida dos factores mais importantes – e, provavelmente por isso também mais estudados – que podem condicionar a consciência dos sinais objectivos de perigo e os demais elementos necessários à cognoscibilidade individual da realização do facto típico. O que se vai fazer é, no essencial, identificar, *pela negativa*, casos em que não há cognoscibilidade por “falha” de um desses factores⁹⁹⁴. Poderá, então, dizer-se que a hipótese contrária, que exclui essa “falha”, é um pressuposto da cognoscibilidade individual da realização do facto típico. Assim, por exemplo, quando a atenção do sujeito apresenta certas características – está, por exemplo, sobrecarregada –, poderá concluir-se que não houve consciência sensorial do sinal objectivo de perigo e, portanto, não houve aquela cognoscibilidade. Dir-se-á, então, que a atenção é um factor de cognoscibilidade, e que a sua sobrecarga determina um limiar absoluto desse factor que exclui a cognoscibilidade. Por outras palavras, trata-se de um pressuposto negativo da cognoscibilidade. Outro exemplo é o tempo – de 0,5 segundos – necessário entre o estímulo sensorial e a consciência do mesmo; se o lapso de tempo for inferior não haverá consciência. Acresce, então, que o tempo é um factor de cognoscibilidade, e que o limiar de 0,5 segundos determina pela negativa casos em que a mesma falta⁹⁹⁵. Também a sobrecarga da chamada

⁹⁹⁴ Em relação a certos factores, como os estados emocionais, que, como se verá, apenas influenciam indirectamente os elementos da cognoscibilidade, designadamente através da influência que podem exercer sobre factores como a atenção ou a memória, não poderá, relativamente a eles, dizer-se propriamente que “falham”, mas apenas que conduzem a uma “falha” destes últimos.

⁹⁹⁵ DUTTGE distingue a este propósito limiares absolutos e relativos da percepção ou da sensibilidade, entendendo por estes últimos os que variam de pessoa para pessoa ou de situação para situação. As condições variáveis da percepção relativas ao mundo

memória de trabalho pode, nomeadamente, afectar a capacidade de distinguir a informação relevante da irrelevante, levando, por essa via, à não verificação dos outros pressupostos da cognoscibilidade, como, por exemplo, a possibilidade de consciência do perigo abstracto ou do perigo concreto. Veremos, já de seguida, tudo isto com mais detalhe.

1. O tempo

De muito do que já dissemos decorre que um primeiro factor ou elemento que pode condicionar decisivamente a consciência dos sinais objectivos de perigo ou a consciência ou possibilidade de consciência⁹⁹⁶ necessária à verificação dos demais elementos da cognoscibilidade e, nessa medida, como também já vimos, a possibilidade de afirmar a existência de uma acção negligente inconsciente, é o factor *tempo*. Nesta matéria são particularmente importantes os estudos desenvolvidos por LIBET e KOCH, que *supra* já descrevemos com mais detalhe, e que agora recuperamos nas suas principais conclusões. Como então vimos⁹⁹⁷, LIBET começou, num primeiro momento, por demonstrar experimentalmente que, no caso de estímulos sensoriais somáticos o cérebro precisa de cerca de meio segundo de actividade neuronal para poder alcançar a consciência dos mesmos, afirmando, logo de seguida, a sua convicção de que o mesmo vale para a consciência de quaisquer outros estímulos sensoriais (como os que provêm da visão, da audição, do olfacto ou do paladar). Daqui decorre, então, para a questão que agora especificamente nos ocupa, uma primeira conclusão essencial: como os sinais objectivos de perigo assumirão, normalmente, a natureza de estímulos sensoriais, a tomada de consciência dos mesmos implicará, inevitavelmente, o decurso daquele lapso de tempo (0,5 segundos). Nessa medida, quando entre o surgimento do sinal objectivo de perigo

circundante (escuridão, espaço, movimento, tempo, etc.), só serão consideradas por nós na medida em que afectem os factores de cognoscibilidade por nós estudados.

⁹⁹⁶ Os dois termos da alternativa “consciência” ou “possibilidade de consciência” rigorosamente só valem, como já vimos, para o segundo pressuposto da cognoscibilidade, uma vez que em relação aos demais se verificará apenas uma possibilidade de consciência.

⁹⁹⁷ Cf. *supra* Parte II, Cap. I, 1.

e a resposta do agente medeia menos do que aquele período de tempo, não poderá falar-se em acção negligente inconsciente, por falta do primeiro dos seus pressupostos⁹⁹⁸.

LIBET preocupa-se ainda com uma outra questão relacionada com o tempo necessário para que um evento aceda à consciência, com consequências potencialmente importantes para o problema de que agora tratamos: a de saber se a necessidade de algum tempo para alcançar a consciência não valerá também para a própria decisão de actuar e a sua consciência. Ou seja, LIBET questiona-se sobre se a própria decisão de actuar em certo sentido não é sempre também ela anterior à consciência dessa mesma decisão. Das experiências realizadas por LIBET a este propósito resultou, em síntese, que também o processo que caracteriza o agir voluntário se inicia inconscientemente cerca de 350/400 ms antes de o sujeito ter consciência da sua vontade ou decisão de praticar o acto; quer dizer, mesmo nos actos voluntários a decisão de actuar é sempre anterior, em 350/400 ms, à sua consciência. As consequências desta segunda experiência de LIBET para o que agora nos ocupa já não se relacionam, em primeira linha, com o primeiro elemento da cognoscibilidade – consciência dos sinais objectivos de perigo – mas com os demais (consciência ou possibilidade de consciência da decisão de actuar num ou noutro sentido, possibilidade de consciência do perigo abstracto e concreto e possibilidade de consciência dos meios e da capacidade de os evitar). Com efeito, do que trata aquela experiência não é já do tempo necessário para a consciência de um estímulo exterior, mas do tempo necessário à possibilidade de consciência da decisão de reagir num determinado sentido a esse estímulo ou, em termos ainda mais genéricos, do tempo necessário à

⁹⁹⁸ A possibilidade, que a experiência demonstra existir, de, não obstante aquela conclusão, a pessoa ser capaz de reagir adequadamente a um estímulo antes de ter decorrido meio segundo (travar face a uma criança que se atravessa à frente do carro ou responder ao serviço num jogo de ténis, por exemplo) são, como vimos, explicadas por LIBET recorrendo às importantes distinções entre “detecção” e “consciência” (do sinal) e entre funções ou eventos mentais conscientes e não conscientes ou, utilizando agora a linguagem de KOCH para explicar o mesmo fenómeno, através da distinção entre “visão para agir” e “visão com consciência”. Para mais desenvolvimentos sobre estas distinções cf. LIBET (2004), 90-122, onde, designadamente, se referem e rebatem algumas posições aparentemente críticas desta distinção (116-117).

elaboração, com possibilidade de consciência, dos raciocínios (essencialmente, juízos de previsibilidade) que estão na base dos demais elementos da cognoscibilidade⁹⁹⁹. Assim, pode igualmente ser de negar a existência de negligência inconsciente agora já não por falta de tempo para a consciência (sensorial ou cognitiva) do estímulo – do sinal objectivo de perigo – mas por falta de tempo para, com possibilidade de consciência – e, portanto, com possibilidade de controlo – formular juízos de previsibilidade sobre as eventuais consequências do comportamento em que se consubstancia a resposta a esse estímulo e os meios de as evitar¹⁰⁰⁰.

Em suma: o tempo – *rectius*, a sua falta – pode gerar uma resposta automática, que não consubstancia uma acção negligente, seja por falta de tempo para a consciência do sinal objectivo de perigo, seja por falta de tempo para a possibilidade de tomada de consciência dos raciocínios subsequentes que são a

⁹⁹⁹ Recorde-se, porém, que a este propósito LIBET expressa a sua convicção de que as conclusões a que chega nas experiências por si realizadas valem independentemente de qual seja conteúdo da consciência. Nesse sentido afirma que “parece provável que um pressuposto tão essencial – o tempo – descoberto por nós para dois diferentes tipos de experiência consciente, igualmente valerá para outros tipos de *awareness* – por outras palavras, para outras modalidades sensoriais (visão, audição, cheiro e gosto) e para pensamentos e sensações conscientes e sentimentos emocionais ou de outra natureza” (2004, 107). Verifica-se, assim, que a possibilidade de extensão das descobertas de LIBET acerca do tempo necessário para a consciência da decisão de actuar a outros pensamentos ou raciocínios conscientes – como é o caso dos demais elementos da cognoscibilidade –, foi já sugerida pelo próprio LIBET, valendo igualmente, quando seja esse o caso, para a própria consciência cognitiva dos sinais objectivos de perigo.

¹⁰⁰⁰ Para além do tempo mínimo necessário para a consciência do sinal objectivo de perigo ou do tempo mínimo necessário para a possibilidade de consciência dos subsequentes juízos de previsibilidade – i.e., do tempo sem o qual aquelas devem, em absoluto, ser negadas –, o maior ou menor tempo de que o agente dispôs pode ainda influenciar todos os pressupostos da cognoscibilidade. Com efeito, não será certamente a mesma coisa ter meio segundo ou ter cinco minutos para pensar nas possíveis consequências de uma acção; por outro lado, também não será, seguramente, irrelevante a maior ou menor complexidade dos raciocínios que a concreta situação com que tem de lidar exige do agente. Relacionadas com este ponto estão, ainda, as considerações de KOSSLYN (LIBET (2004), XIII), que adverte precisamente para o facto de que “as consequências racionais e antecipadas de uma acção não são simplesmente ‘cozinhadas’ na memória; diferentemente, nós construímos consequências antecipadas e racionais específicas para a situação específica com que temos de lidar”, acrescentando ainda que “dependendo daquilo em que estávamos a pensar, o cérebro está num diferente ‘ponto de partida’ (...)”.

base dos demais pressupostos da cognoscibilidade. Um caso em que é de admitir que faltou ao agente o tempo necessário para que pudesse tomar consciência dos sinais objectivos de perigo, efectuar os raciocínios sobre o modo adequado de evitar o resultado e decidir, é aquele em que o Tribunal da Relação de Lisboa entendeu que “não será excessiva a velocidade de 40 Km/hora, dentro de localidade, quando o condutor circula numa recta e não consegue evitar o embate mortal num peão que só avista no meio da faixa de rodagem a cerca de 10 metros, em local escuro (era noite), não obstante ter reduzido de imediato a velocidade, ter guinado para a direita, afastando-se do local onde o peão se encontrava, e de ter travado de imediato ao aperceber-se de que o peão prosseguia a sua marcha, tendo deixado um rasto de travagem de 4,20 metros”¹⁰⁰¹. O Tribunal decidiu não haver responsabilidade, quer penal, quer civil, por o agente não conseguir evitar o embate mortal. Em vista dos dados científicos aduzidos por LIBET é de admitir que a travagem foi iniciada em consequência da detecção pelo condutor de que o peão prosseguia a sua marcha sem ter havido tempo para a consciência deste sinal de perigo e ainda menos para a possibilidade de consciência dos processos de evitar o resultado. Falta dessa forma a cognoscibilidade da realização do facto típico.

2. A atenção

2.1. A relação entre atenção e consciência. A teoria da carga perceptiva (*perceptual load theory*)

Outro dos factores em relação ao qual haverá que analisar se, e em que medida, pode influenciar os elementos da cognoscibilidade individual da realização do facto típico, nomeadamente a consciência sensorial dos sinais objectivos de perigo, é a *atenção*. Com efeito, o seu estudo mais aprofundado mostrará, como se verá já de seguida, que as relações que se estabelecem entre

¹⁰⁰¹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 3 de Março de 1998, processo n.º 0042295.

consciência e *atenção* são bastante mais intrincadas do que, num primeiro momento, se poderia supor¹⁰⁰². Contra uma certa orientação, proveniente principalmente dos campos da filosofia e da psicologia, para quem aqueles dois conceitos não se distinguem, a investigação empírica mais recente tem acentuado que *atenção*¹⁰⁰³ e *consciência* são duas entidades, processos ou funções separadas¹⁰⁰⁴, centrando-se então na questão de saber se, e em que medida, a primeira pode influenciar a segunda¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰² Como evidencia VU (2004), 9, “A relação entre a atenção e a percepção foi um dos primeiros tópicos a ser estudado pela psicologia experimental”.

¹⁰⁰³ Tal como vimos acontecer com a “consciência”, também a “atenção” não é um conceito unitário nem tem apenas uma função. A maior parte dos investigadores nesta área distingue, a este propósito, entre quatro funções essenciais: estados de alerta (*alertness*), vigilância ou atenção mantida, atenção selectiva, e atenção dividida (nesse sentido, designadamente HAAN, KESSELS (2004), 368). Nós vamos dar especial ênfase à função selectiva, uma vez que, como veremos melhor ao longo do texto, esta é essencial para permitir um comportamento coerente perante uma multiplicidade de estímulos competitivos e distractivos. Procurando definir atenção selectiva, KOCH (2004), 154, por exemplo, sugere que se parta de uma definição fenomenológica como a proposta por WILLIAM JAMES, o pai da moderna psicologia americana, que a define como “tomar posse pela mente, de forma clara e viva, de um de entre o que parecem ser vários simultaneamente possíveis objectos ou linhas de pensamento...Implica retirada de certas coisas de forma a tratar efectivamente de outras”. Por outro lado, tal como a consciência, a atenção também tem uma actividade neuronal relacionada (sobre este ponto cf., para mais desenvolvimentos, KOCH (2004), 173-185). Este autor refere-se ainda a alguns dos outros sentidos da expressão atenção (ou a outras funções da atenção), que têm uma conotação mais global – quando, por exemplo, um professor adverte um aluno para que “preste atenção”, pretendendo que ele olhe para ele, se concentre e siga as suas instruções, estamos perante uma forma mais global de atenção relacionada com estados de alerta e de vigilância, que implica antes uma resposta orientada espacialmente e uma dedicação dos recursos mentais à tarefa em mãos (KOCH (2004), 154, nota 3). Finalmente, importa também sublinhar que a maior parte das tarefas diárias – como, por exemplo, tirar apontamentos numa aula – implicam a utilização simultânea de mais do que uma das apontadas funções da atenção. Em situações como a do exemplo apresentado, enquanto a capacidade de focar a atenção é necessária para atender à informação relevante e ignorar a irrelevante (por exemplo, os comentários laterais dos colegas), a capacidade de dividir a atenção é exigida para atender simultaneamente a duas ou mais fontes de informação (por exemplo, o que está a ser *dito* e *escrito* no quadro pelo professor ou o que está ser dito pelo professor e o que nós próprios estamos a escrever).

¹⁰⁰⁴ Assim, designadamente, LAVIE (2007), 489, e KOCH (2004), 154.

¹⁰⁰⁵ A maior parte da investigação disponível debruçou-se sobre o papel da atenção na percepção em geral, muitas vezes não fazendo a distinção entre percepção não consciente (a que nós chamámos *detecção*) e percepção consciente (na terminologia que preferimos, simplesmente *percepção*). Ora, a nós interessa-nos apenas o debate acerca

Partindo, por um lado, da constatação de que somos, a cada momento, confrontados com uma enorme multiplicidade de estímulos e, por outro, de que o nosso sistema de processamento de informação¹⁰⁰⁶ tem uma capacidade limitada, concordam os investigadores em que é inevitável que apenas alguns desses estímulos sejam seleccionados, enquanto outros serão ignorados. É nesse sentido que todos concordam em atribuir à atenção uma função selectiva¹⁰⁰⁷. Questão decisiva, designadamente para o que a nós nos interessa – saber se a atenção condiciona a consciência dos estímulos – é, no entanto, a de saber em que fase ou

do papel da atenção na consciência sensorial (naquela linguagem, na percepção consciente), pelo que privilegiaremos os resultados dessa investigação que se relacionem especificamente com esta questão. Acresce, mais uma vez, que também neste campo se constata que a maior parte da investigação disponível se debruçou sobre o papel da atenção na consciência visual.

¹⁰⁰⁶ Por sistema de processamento de informação, neste contexto, entende-se o processo através do qual a informação contida num estímulo acabará por gerar uma resposta (para mais desenvolvimentos cf. *infra* nota 1008).

¹⁰⁰⁷ Nesse sentido afirma, por exemplo, KOCH (2004), 153, a propósito da visão: “(...) dezenas de milhões de «bits» de informação fluem, em cada segundo em que os olhos estão abertos, através do nervo óptico até ao cérebro. O cérebro não consegue processar toda esta informação; lida com este excesso de informação atendendo selectivamente a uma porção minúscula da mesma e negligenciando a maior parte do resto”. No mesmo sentido, também a propósito da atenção visual, JOHNSON, PROCTOR, (2004), 93, afirmam de forma particularmente enfática que “a selecção é provavelmente a essência da atenção”. Ainda a propósito do carácter selectivo da atenção visual é frequente o recurso à utilização de uma metáfora que equipara a atenção a uma lanterna. KOCH (2004), 157, no entanto, afirma que será mais correcto que a analogia se faça com uma luz de palco, uma vez que a lanterna se desloca continuamente de um lado para o outro e a atenção não. Tal como na luz de palco o que se passa com a atenção é que ela se extingue num lado para surgir noutro, iluminando os diferentes actores à medida que estes tomam o centro do palco. A este mesmo propósito JOHNSON, PROCTOR, (2004), 71, referem que será preferível usar como metáfora a de um gradiente de recursos, que está dirigido a uma região no espaço e que pode variar de tamanho, e não a de uma luz de holofote, que apenas pode ser movida de um espaço para outro. Uma outra diferença mais substancial entre a metáfora do luz de holofote a do gradiente é a de que este último pode reflectir não só o foco corrente da atenção mas também os resultados de alocação atencional anterior. E dessa forma, a alocalização de fontes de atenção a dado momento e lugar poderá reflectir a história da alocação da atenção durante um curto período de tempo. Uma outra metáfora muito frequente para descrever a atenção selectiva é a de que a selecção se baseia numa competição entre *inputs*. A função do controlo atencional é a de seleccionar alguns *inputs* e ao mesmo tempo prevenir que outros sejam seleccionados. Esta selecção ocorre com base no peso e força relativa associada a cada *input*, em que o de maior peso ganha a competição. O controlo atencional opera usando o contexto ou objectivos da tarefa para influenciar a competição entre *inputs* ao estabelecer os pesos apropriados de cada um. (JOHNSON, PROCTOR (2004), 71, 94).

em que momento do sistema de processamento da informação¹⁰⁰⁸ é que a atenção desempenha essa sua função de selecção: se antes se após a consciência dos estímulos. A este preciso nível o estado da discussão foi mais recentemente sintetizado num importante texto de NILLI LAVIE, onde a autora apresenta o estado actual da investigação empírica acerca do papel da atenção na consciência sensorial¹⁰⁰⁹. A este propósito, começa por evidenciar que se, por um lado, a nossa experiência pessoal sugere que o ter ou não consciência do que se está a passar à nossa volta depende já da atenção, por outro, a investigação laboratorial tem produzido descobertas nem sempre consistentes¹⁰¹⁰. Com efeito, se, em algumas experiências, as pessoas relataram não ter tido consciência de certos eventos ou informação que foram instruídas para ignorar (para não estarem atentas a), sugerindo que a atenção influencia logo a própria consciência dos eventos ou informações e suportando a chamada teoria da selecção inicial (*early selection view*)¹⁰¹¹, segundo a qual a atenção tem um efeito inicial no sistema de processamento de informação, excluindo a informação desatendida logo nos momentos iniciais do processo perceptual¹⁰¹² e evitando assim que ela chegue

¹⁰⁰⁸ Sobre o sistema de processamento da informação e a sua relação com a atenção, cf. JOHNSON, PROCTOR (2004), 29-56, que partem de um modelo de processamento de informação essencialmente dividido em três estádios – (1) percepção ou identificação do estímulo; (2) tomada de decisão ou selecção da resposta; (3) programação da resposta e execução – por considerarem que o mesmo fornece a estrutura adequada para debater o papel da atenção no comportamento humano.

¹⁰⁰⁹ LAVIE (2007), 489-503.

¹⁰¹⁰ LAVIE (2007), 489; JOHNSON, PROCTOR (2004), 61.

¹⁰¹¹ De acordo com JOHNSON, PROCTOR (2004), 59-60, foi BROADBENT quem, em 1958, propôs pela primeira vez uma teoria da selecção inicial, de acordo com a qual a informação proveniente dos sentidos entra numa espécie de antecâmara onde a atenção selecciona a informação relevante que passa então por um canal de capacidade limitada onde é identificada; o resultado desta análise é depois enviado para um sistema de resposta podendo, também, ser usado para actualizar expectativas acerca do que é provável que ocorra na situação em causa.

¹⁰¹² Segundo JOHNSON, PROCTOR (2004), 59, tal acontece “logo a seguir a uma análise perceptual rudimentar das características básicas visuais ou auditivas (como, por exemplo, a cor, a forma ou a orientação espacial), nas quais a selecção da informação a atender se baseia”. A este nível a informação é ainda pré-categorial, no sentido de que o estímulo ainda não foi processado ao ponto de lhe ser atribuída uma categoria. Só posteriormente e num nível mais elevado do sistema de processamento de informação o estímulo é interpretado e integrado numa categoria. Este nível é, frequentemente,

sequer à consciência¹⁰¹³, já em outras experiências foram igualmente documentados casos em que as pessoas reportaram ter tido consciência de informação irrelevante, que foram instruídas para ignorar. Estas últimas experiências conferem algum suporte à chamada teoria da selecção posterior (*late selection view*), segundo a qual a atenção apenas pode afectar os processos pós-perceptivos, como a memória ou os mecanismos de selecção da resposta¹⁰¹⁴. Segundo aquela autora, porém, a investigação mais recente sugere que é possível ultrapassar este debate se se considerar o papel do nível de carga atencional (*attencional load*) na determinação dos seus efeitos na consciência sensorial¹⁰¹⁵¹⁰¹⁶. Assim e em síntese, apenas quando a atenção esteja completamente carregada¹⁰¹⁷ com o processamento de informação relevante para uma tarefa, a

designado por pós-categórico ou de processamento semântico. Importa, porém, notar que este nível não implica ainda necessariamente a consciência do estímulo.

¹⁰¹³ JOHNSON, PROCTOR (2004), 59.

¹⁰¹⁴ Segundo esta perspectiva a percepção constitui um processo automático, no sentido de que a identificação e a extracção do sentido semântico dos estímulos acontece involuntária e independentemente da atenção. Importa notar que há quem considere que a distinção entre selecção inicial e posterior baseia-se antes na dicotomia “estímulo não processado, não interpretado/estímulo processado, interpretado”. Nesta perspectiva teremos selecção inicial quando a atenção selecciona a informação num estágio pré-categorial (em que o estímulo ainda não foi processado) e a selecção posterior designa a posição que defende que a atenção não é necessária para processar “perceptualmente” e identificar o estímulo, mas é necessária para permitir que a identificação/representação do mesmo dure o tempo suficiente para que possa atingir o nível da percepção consciente. Independentemente desta diferença terminológica, o que nos interessa é discutir se a atenção interfere ou não e em que medida na consciência sensorial dos estímulos. (JOHNSON, PROCTOR (2004), 59-61.

¹⁰¹⁵ Trata-se, em síntese, como refere a própria autora (2007), 497, da aplicação de um “modelo híbrido de carga de atenção selectiva (...) que combine aspectos das teorias da selecção inicial e posterior ao mesmo tempo que aplica a teoria da capacidade já antes usada para explicar o desempenho em tarefas de atenção dividida (em vez de selectiva)”.

¹⁰¹⁶ LAVIE (2007), 490, 497-498.

¹⁰¹⁷ Ou seja, quando os estímulos a que é necessário prestar atenção para o desempenho da tarefa sejam suficientes para exaurir a capacidade de percepção, não deixando nenhuma capacidade disponível para o processamento de informação irrelevante para essa tarefa. Tal pode suceder ou porque são em elevado número os estímulos a que é necessário prestar atenção para o desempenho da tarefa ou porque se trata de uma tarefa mais exigente do ponto de vista perceptual. Num caso e noutro essa maior exigência consome toda a capacidade de atenção nos estímulos necessários ao desempenho da tarefa relevante, bloqueando o acesso à informação irrelevante para essa tarefa (Cf., nesse sentido, LAVIE (2007), 497).

informação irrelevante para aquela tarefa deixará de alcançar o nível da consciência. Nestas hipóteses as pessoas não terão consciência da informação a que não estiverem especificamente atentas. Diferentemente, quando o processamento de informação relevante para uma tarefa apenas exija um nível baixo ou carga baixa de atenção, a informação irrelevante para a tarefa atingirá a consciência mesmo que os sujeitos não lhe estejam a prestar atenção ou deliberadamente a pretendam ignorar por ser potencialmente distractiva. Em conclusão, a investigação efectuada demonstra que a atenção desempenha um papel essencial na consciência¹⁰¹⁸, especialmente em situações em que a atenção esteja completamente carregada com o processamento de informação relevante para a tarefa que o agente está a desempenhar¹⁰¹⁹. Nestas hipóteses, a não direcção da atenção a essa outra informação impede-a de chegar à consciência¹⁰²⁰. Esta conclusão é efectivamente confirmada quer por experiências mais recentes quer pela reinterpretação de experiências mais antigas sobre a atenção selectiva à luz da teoria da carga perceptiva (*perceptual load theory*). Quanto a estas últimas, NILLI LAVIE¹⁰²¹ começa precisamente por evidenciar que enquanto as experiências que suportavam a teoria da selecção inicial poderiam ser geralmente caracterizadas como tendo um elevado nível de carga perceptiva¹⁰²², já as experiências que suportavam a teoria da selecção posterior

¹⁰¹⁸ Também LIBET (2004), 102, afirma acreditar, em sentido semelhante, que o que permite que certos estímulos cheguem à consciência é a focalização nos mesmos da atenção durante um determinado período de tempo.

¹⁰¹⁹ LAVIE (2007), 502.

¹⁰²⁰ A existência de experiências que demonstram que as pessoas podem estar conscientes de informação em relação à qual foram instruídas a não prestar atenção não afasta o papel da atenção na consciência. Na verdade, tal só demonstra que as pessoas em certas situações não podem, por efeito de um acto de vontade, evitar prestar atenção a certos estímulos (ou seja, que a capacidade das pessoas controlarem o sítio a que vão alocar a sua atenção é limitada, frequentemente não conseguindo deixar de prestar atenção, mesmo querendo, a certos estímulos), mas já não provam que podem aceder à consciência estímulos a que não se prestou atenção (nesse sentido, LAVIE (2007), 502).

¹⁰²¹ LAVIE (2007), 497.

¹⁰²² De entre as inúmeras experiências deste tipo referidas por aquela autora destaca-se, desde logo, a realizada em 1975 por NEISER e BECKLEN, que desenharam um paradigma de olhar selectivo (*selective looking paradigm*), em que pediram aos sujeitos para monitorizar num de dois episódios de vídeo (um jogo de mãos e um jogo de bola) certos eventos alvo (uma palmada no jogo de mãos e um passe no jogo de bola) e para

pressionarem uma tecla quando esse evento ocorresse. Os resultados desta experiência demonstraram que a maior parte dos sujeitos não repararam em determinados eventos dinâmicos estranhos que estavam a acontecer no episódio a que não estavam a prestar atenção. Com efeito, só 4 dos 24 sujeitos atentos ao jogo de bola notaram que os jogadores do jogo de mãos temporariamente pararam o jogo e se cumprimentaram. Por outro lado, só 5 dos 24 sujeitos atentos ao jogo de mãos notaram a substituição dos jogadores homens do jogo de bola por jogadoras mulheres. Como evidencia LAVIE (2007), 492-493, tais resultados dão suporte à teoria da selecção inicial, no sentido de que a atenção determina a percepção visual em geral. Uma experiência similar (descrita por LAVIE (2007), 493) foi posteriormente realizada, com resultados semelhantes, por SIMONS e CHABRIS (1998). Nesta experiência foi pedido aos participantes que estivessem atentos a um jogo de bola, tendo-se constatado que os mesmos não reparavam na presença de um homem vestido de gorila a passar pelos jogadores. Em 1999 os mesmos autores tentaram relacionar mais fortemente a falha em reparar no homem vestido de gorila com a atenção, fazendo variar a dificuldade da tarefa. Assim, pediram aos participantes para ou contarem o número de passes feitos por uma das duas equipas de basket no videoclipe (tarefa fácil), ou para manterem duas contagens separadas; uma para o número de passes rasteiros outra para o número de passes aéreos (tarefa difícil). Verificaram que a consciência da presença inesperada do homem-gorila no espaço do jogo foi mais vezes reportada pelos participantes que efectuavam a tarefa fácil do que pelos que efectuaram a tarefa difícil. Concluíram, então, que o nível de consciência de eventos inesperados depende directamente da extensão da atenção utilizada no desempenho da tarefa relevante. A estas experiências e aos seus resultados foram feitas dois tipos de críticas. A de que as falhas em reportar os eventos peculiares poderiam ser devidas à falta de memória e não de atenção, uma vez que os sujeitos fizeram os seus relatórios retrospectivamente (a crítica é, no entanto, de rejeitar, uma vez que seria muito pouco provável que as pessoas que tivessem reparado no gorila se tivessem esquecido de o referir no final da experiência); e a de que as falhas em reportar aqueles eventos se explicariam pela fixação ocular (ou movimento ocular, neste caso) e não com a atenção; quer dizer, a causa da falta de consciência daqueles eventos peculiares estaria na circunstância de que devido ao movimento dos olhos eles estariam menos visíveis devido a uma imagem desfocada na retina e não devido a uma falta de atenção. Também esta crítica não é, contudo, procedente, uma vez que aos mesmos resultados chegaram também LITTMAN e BECKLEN (1976) em experiências em que foi feita a monitorização dos movimentos oculares e se assegurou que os olhos permaneciam fixados numa localização central. Ainda segundo a mesma autora (2007), 493-494, MOST *et al.* (2001), numa linha de estudo mais recente, fizeram uma nova tentativa de relacionar os falhanços da consciência dentro do paradigma de olhar selectivo. Também estas experiências confirmaram a conclusão de que o que as pessoas notam depende do que é que elas estão a ter em atenção. As experiências *supra* descritas analisaram o papel da atenção na consciência em eventos dinâmicos. No caso de se tratar de analisar a influência da atenção na consciência em eventos estáticos, LAVIE cita a experiência feita por ROCK e GUTMAN (1981), que consistia em apresentar aos participantes um fluxo de figuras de pano sobrepostas, ora vermelhas ora pretas, pedindo-lhes que prestassem atenção a um conjunto das figuras (ex: fazer julgamentos estéticos das figuras vermelhas). Descobriram então que o nível de reconhecimento das figuras não atendidas num teste surpresa de reconhecimento no fim do fluxo era pouco mais que um acaso. Para afastar a crítica de que os resultados se deviam à falha da memória, MACK e ROCK (1998) desenvolveram o anterior modelo concebendo uma

poderiam ser geralmente caracterizadas como tendo um baixo nível de carga perceptiva¹⁰²³. Esta conclusão foi mais recentemente confirmada por dois estudos baseados em relatórios subjectivos de consciência, que procuraram estabelecer o papel da carga perceptiva na consciência visual em situações de cegueira por desatenção (*inattentional blindness*)¹⁰²⁴ e cegueira à mudança (*change blindness*)¹⁰²⁵. O primeiro desses estudos¹⁰²⁶ foi elaborado por CARTWRIGHT-

tarefa de cegueira por desatenção (*inattentional blindness*), na qual era apenas perguntado aos participantes acerca de um objecto na exibição final e logo a seguir a ser apresentado, assim minimizando as exigências da memória. Aos sujeitos foi pedida a realização de uma tarefa por tentativas em quadros sucessivos, sendo-lhes apresentado um estímulo adicional inesperado e irrelevante para a tarefa na tentativa final (*teste crítico*). Imediatamente a seguir à resposta da tarefa foi perguntado aos participantes se detectaram ou não o estímulo inesperado. Num subsequente teste de controlo, foi requerido aos participantes não que efectuassem aquela tarefa, mas que relatassem se detectaram ou não a existência de estímulos extra na exibição. Neste último caso (teste de controlo) os participantes estavam à espera do estímulo e deveriam precisamente procurá-lo. Os resultados mostraram que os participantes falhavam em detectar o estímulo no teste crítico, mas já o detectavam no teste de controlo. A não detecção do estímulo quando o participante não está atento ao mesmo e, por outro lado, a sua detecção bem sucedida quando o participante está atento, foram interpretadas como reflectindo cegueira (*blindness*) provocada pela falta de atenção face ao estímulo (fala-se, nesse sentido, em cegueira por desatenção (*inattentional blindness*)). Esta experiência foi criticada, argumentando-se que os resultados a que se chega podem ser devidos aos factores expectativa e intenção, que estão presentes no teste de controlo e não no teste crítico. Dessa forma, argumentou-se, a comparação entre os resultados dos testes de controlo e dos testes críticos confunde efeitos de atenção com efeitos de expectativa e intenção. Acresce, ainda criticamente, que no teste de controlo o reportar da consciência do estímulo é feito logo após o teste, enquanto no teste crítico só depois da resposta à tarefa a realizar surge a “questão surpresa”, o que poderia reflectir maiores índices de esquecimento. Contudo, como veremos mais à frente (cf. *infra* 339-340), a investigação mais recente (designadamente as experiências de RENSINK, O'REGAN e CLARK em 1997) permite afastar estas críticas.

¹⁰²³ As mais populares experiências deste tipo, que sugerem que a informação visual ignorada é, não obstante, ainda percebida, são a chamada tarefa tipo Stroop (*Stroop-like task*) e o “paradigma de resposta competitiva, sumariamente descritas por LAVIE (2007), 495-496. A demonstração de Stroop originária mostra que as respostas à nomeação da cor são mais lentas quando a cor não corresponde à palavra escrita. O paradigma de resposta competitiva é uma variação da tarefa tipo Stroop. Estas experiências são, no entanto, menos importantes para nós do que as referidas anteriormente, uma vez que embora estudem o impacto da atenção na percepção não especificam normalmente se se trata de um efeito na percepção consciente ou não consciente.

¹⁰²⁴ Sobre o conceito de cegueira por desatenção cf. *supra* nota 1022.

¹⁰²⁵ Sobre o conceito de cegueira à mudança cf. *infra* 339.

¹⁰²⁶ Citado e melhor descrito por LAVIE (2007), 498-499.

FINCH e LAVIE, em 2006, através da manipulação da carga perceptiva dentro do paradigma de cegueira por desatenção de MACK e ROCK já descrito atrás. Com as experiências realizadas mostraram aqueles investigadores que o nível de carga perceptiva exigido para a tarefa determinava as percentagens de cegueira por desatenção, estando os sujeitos muito mais vezes conscientes de estímulos irrelevantes em situações de carga baixa que em situações de carga alta, em que tipicamente reportavam não ter tido consciência desses estímulos¹⁰²⁷. Em suma: estes resultados fornecem mais uma forte prova no sentido de que a disponibilidade de atenção para processar o estímulo irrelevante, que varia consoante a carga perceptiva exigida para a tarefa que o sujeito está a realizar, determina se o estímulo atinge ou não a consciência sensorial¹⁰²⁸. Os resultados destas experiências estão, porém, ainda sujeitos à possível crítica de que uma vez que procuram aferir da consciência do estímulo inesperado a partir de uma pergunta surpresa feita retrospectivamente após a realização da tarefa, os mesmos podem dever-se (ou dever-se em parte) ao factor memória. O argumento seria aqui o de que existiria uma mais fraca codificação do estímulo inesperado na memória em situações de carga perceptiva alta do que em situações de baixa carga perceptiva. Para responder a esta dificuldade, tornou-se necessário verificar se a carga perceptiva pode determinar a consciência noutros paradigmas, que não se apoiem numa questão surpresa e retrospectiva acerca do estímulo não esperado para medir essa mesma consciência. É precisamente neste ponto que são importantes os estudos acerca do papel da atenção na determinação da consciência da mudança (ou da falta dela – “*change blindness*”). É que nestes

¹⁰²⁷ Estas experiências não estão sujeitas à crítica feita a algumas experiências anteriores no sentido de que as falhas em reportar aqueles estímulos se poderia explicar pela fixação ocular (ou movimento ocular) e não pela falta de atenção, uma vez que os seus autores usaram exposições de curta duração que precluem a possibilidade de movimento ocular durante a apresentação. Por outro lado, e uma vez que estes autores não compararam os níveis de cegueira por desatenção entre testes críticos e testes de controlo, mas antes entre testes críticos com diferentes níveis de carga perceptiva, a diferença de resultados já não se pode atribuir a variações nos factores intenção ou expectativas, mas precisamente ao diferente nível de carga perceptiva.

¹⁰²⁸ Como, porém, nota LAVIE (2007), 499, há que evidenciar que as conclusões a que se chegou apenas dizem respeito a situações em que estava em causa a consciência de um objecto estático e inesperado.

estudos, ao contrário dos anteriores, o evento ao qual a consciência se deve dirigir é esperado (os sujeitos são instruídos para detectarem se ocorreu uma mudança entre as duas imagens sucessivas) e os relatórios de consciência são efectuados imediatamente a seguir às imagens. A este propósito CHRISTOF KOCH¹⁰²⁹ e NILLI LAVIE¹⁰³⁰ referem um estudo elaborado por RENSINK, O'REGAN e CLARK em 1997, que desenvolveram uma tarefa intermitente de detecção da mudança, que evidencia precisamente a importância da atenção na consciência de mudanças. Neste estudo aqueles autores demonstraram que quando se faz intervir entre duas imagens sucessivas um intervalo em branco, de modo a provocar uma intermitência, os sujeitos falhavam muitas vezes em perceber uma mudança entre as duas imagens, exibindo o que se chama cegueira à mudança (*change blindness*). Demonstraram ainda que também a carga perceptiva parece jogar um papel crítico nessa cegueira à mudança. Utilizaram para o efeito imagens de cenários naturais (uma movimentada rua de uma qualquer cidade, por exemplo), normalmente ricas em detalhes, e concluíram que a focalização da atenção no objecto da mudança é precisa e permite facilmente detectar essa mudança, enquanto o falhar na percepção de mudanças quando a atenção não estava focalizada no objecto de mudança se deve precisamente ao facto de estar carregada com o processamento de informação derivada de outros objectos na cena apresentada^{1031 1032}. Finalmente, a importância do papel da atenção na consciência e as principais conclusões da teoria da carga perceptiva são ainda confirmados por uma série de estudos de neuroimagens, que evidenciam não só que a actividade na rede atencional frontoparietal está associada a relatórios de consciência, como ainda que um nível elevado de carga

¹⁰²⁹ KOCH (2004), 155-156.

¹⁰³⁰ LAVIE (2007), 499-501.

¹⁰³¹ As experiências efectuadas por RENSINK permitiram ainda perceber que os objectos que captam a atenção, seja por conterem uma característica particular, seja por causa do seu significado sócio-biológico, não sofrem tanto de cegueira à mudança como aqueles que não captam tanto a atenção (assim, LAVIE (2007), 500-501).

¹⁰³² Estas experiências também foram sujeitas à crítica de que os seus resultados se poderiam explicar pelos *eye movements*. LAVIE (2007), 501), cita, contudo, experiências mais recentes, feitas por BECK e LAVIE em 2006, que permitem afastar esta crítica, confirmando simultaneamente os resultados daquelas experiências anteriores.

perceptiva elimina a actividade do córtex visual relacionada com distractores irrelevantes para a tarefa que se está a realizar¹⁰³³.

Até agora verificámos já que em determinadas situações, que descrevemos imediatamente antes, o dirigir da atenção para determinado estímulo condiciona a consciência sensorial, nomeadamente a visual¹⁰³⁴. Mas interessa ainda, para podermos extrair daí todas as consequências para o problema com que concretamente estamos confrontados (o papel da atenção na consciência, designadamente dos sinais objectivos de perigo), avançar um pouco mais na investigação acerca dos mecanismos de funcionamento da própria atenção. Essa investigação conduzirá a procurar uma resposta para as seguintes perguntas: **(i)** *O que leva a atenção a dirigir-se a um estímulo e não a outro? Pode o sujeito controlar a que estímulo(s) dirige a sua atenção?*; **(ii)** *É possível determinar e relacionar as capacidades de atenção disponíveis e exigidas por uma tarefa de forma a decidir se a carga atencional está alta ou baixa?* **(iii)** *Que factor ou factores influenciam, por sua vez, a capacidade de atenção?* Procuraremos, já de

¹⁰³³ Para mais desenvolvimentos cf. LAVIE (2007), 498, 501.

¹⁰³⁴ Os estudos experimentais sobre a relação entre a atenção e a consciência centraram-se, como vimos já, fundamentalmente na consciência visual. Importará, contudo, notar que os primeiros estudos sobre este tema tiveram antes por objecto a audição. O essencial desses estudos, porém, apenas confirma os que foram entretanto realizados tendo por objecto a atenção visual, no sentido de que a não focalização da atenção – agora auditiva – num determinado estímulo impede, na maior parte dos casos, que o mesmo aceda à consciência (para mais desenvolvimentos sobre o conteúdo desses estudos e uma apreciação crítica dos seus resultados cf. LAVIE (2007), 491, 497). A mais recente investigação vem igualmente evidenciando que também entre os dois tipos de atenção – a visual e a auditiva – se estabelecem relações que influenciam decisivamente o processo de formação da consciência dos estímulos. Bastará, a este propósito, sublinhar que frequentemente acontecerá que é a atenção auditiva (a percepção da presença de um som num local diferente daquele para onde se está a olhar) que *alerta* ou *orienta* para a presença de um estímulo e que, dessa forma, leva a que a atenção visual a ele se dirija. Isso será particularmente evidente se pensarmos que os sons são muitas vezes associados a eventos potencialmente ameaçadores (como, por exemplo, a aproximação de um automóvel), fazendo por isso todo o sentido que se tenda a localizar esse som e a orientar a atenção para a sua fonte. O sistema auditivo constitui, por isso, um excelente sistema de “aviso prévio” facilitador da orientação omnidireccional, visto que está normalmente pronto a receber e processar estímulos de todas as direcções independentemente da orientação actual do organismo (especificamente sobre as diferenças e as relações entre a atenção auditiva e visual, bem como sobre o modo como se desenvolve o processamento multissensorial de estímulos, cf., para mais desenvolvimentos, JOHNSON, PROCTOR (2004), 95-125.

seguida, dar conta do estado em que se encontra a investigação disponível no que respeita a cada uma destas questões¹⁰³⁵.

2.1.1. O que leva a atenção a dirigir-se a um estímulo e não a outro? Pode o sujeito controlar a que estímulo(s) dirige a sua atenção?

Quanto este primeiro grupo de questões (a de saber o que leva a atenção a dirigir-se para certos estímulos – e, em consequência, a levá-los ao estado de consciência – e não para outros, e a de saber se pode o sujeito controlar a que estímulos dirige a sua atenção), a investigação disponível tem feito uma distinção fundamental para a resposta a estas questões, distinguido entre duas formas ou mecanismos de seleccionar o objecto da atenção, e que designa, respectivamente, por (i) de cima para baixo (*top-down*) ou de orientação endógena¹⁰³⁶, e (ii) de baixo para cima (*bottom-up*) ou de orientação exógena¹⁰³⁷.

Na primeira forma (*top-down*), a selecção do objecto da atenção é orientada ou dirigida endogenamente para uma região do campo visual, atributo ou objecto específico¹⁰³⁸ em função de uma ideia, instrução ou tarefa pré-determinada.

¹⁰³⁵ Importa sublinhar que para além das questões que identificámos no texto muitas outras existem que têm sido discutidas acerca do funcionamento da atenção visual selectiva. Centrar-nos-emos, porém, naquelas que de forma mais directa relacionam atenção com consciência, por ser esse o objectivo específico da nossa investigação. Para uma visão mais vasta da problemática mais geral da atenção visual selectiva, designadamente sobre as questões de saber (i) como se processa a procura visual; (ii) se a atenção se baseia no objecto ou no espaço ou, dito de outra forma, se o que é seleccionado são regiões do espaço ou objectos desse espaço; (iii) ou quais os modelos de atenção visual, cf., por todos, JOHNSON, PROCTOR (2004), especialmente 76-93.

¹⁰³⁶ Também designada por dependente da tarefa, ou atenção controlada pela vontade.

¹⁰³⁷ JOHNSON, PROCTOR (2004), 72-73, começam, a este propósito, por evidenciar que estas duas formas de selecção do objecto da atenção se incluem, por sua vez, dentro do que designam por formas de orientação latente, em que a alteração do foco da atenção é comandado ou pelo ambiente (de forma exógena, portanto) ou endogenamente por instruções ou intenções, por contraposição à orientação manifesta, em que o foco da atenção é apenas comandado pelas mudanças ocorridas ao nível da focalização dos sentidos.

¹⁰³⁸ Já referimos, *supra* nota 1035, que uma das questões que se debate neste âmbito e em relação à qual ainda não existe consenso consiste em saber se a atenção visual selectiva se baseia no espaço, no objecto ou numa característica específica (cor, forma, etc.) deste. Se, por um lado, várias teorias assumem que a selecção parte da representação de um certo espaço visual, outras sustentam que são as características dos

Trata-se de uma forma de orientação da atenção que está, inequivocamente, sob o controlo da vontade. No exemplo de CHRISTOF KOCH¹⁰³⁹: se sabemos que a nossa filha usa um vestido cor-de-rosa no meio de uma multidão de crianças e pretendemos encontrá-la, a nossa atenção tende a procurar no campo visual o atributo (cor-de-rosa) seleccionado¹⁰⁴⁰. Trata-se, finalmente, de um tipo de atenção que se caracteriza ainda por se manter durante um determinado período de tempo, precisamente o necessário para focalizar um potencial alvo, desligar-se dele e passar para outros alvos potenciais até atingir o objectivo desejado¹⁰⁴¹.

Na segunda forma (*bottom-up*), a selecção do objecto da atenção é determinada pelos traços específicos do próprio objecto, que por serem de tal forma salientes (designadamente por comparação com os objectos que o rodeiam ou por serem familiares) se impõem de uma forma automática¹⁰⁴². Mais uma vez, com um exemplo de CHRISTOF KOCH¹⁰⁴³: um casaco vermelho no meio de um sóbrio jantar de Estado, em que todos se apresentam de fato escuro, atrai rápida, transitória e automaticamente a atenção. Neste caso, o focalizar da atenção no objecto não depende de qualquer tarefa que o sujeito se tenha proposto realizar nem é controlável pela vontade¹⁰⁴⁴. Como, de forma sugestiva, refere o autor

estímulos (localização, cor ou forma, por exemplo) que servem de base à selecção – i.e., sustentam que a atenção começa por seleccionar objectos ou as suas características em vez de regiões no espaço. Uma conclusão possível, contudo, parece ser a de que atenção pode ser baseada no espaço ou baseada no objecto dependendo das exigências das tarefas (para mais desenvolvimentos sobre este específico ponto cf., designadamente, JOHNSON, PROCTOR (2004), 76-81.

¹⁰³⁹ KOCH (2004), 160.

¹⁰⁴⁰ KOCH (2004), 155-156 e 167, alerta ainda para a circunstância de que também a expectativa pode ser um factor determinante na eficácia da atenção, evidenciando que as pessoas tendem a não ver aquilo que não estão à espera de encontrar.

¹⁰⁴¹ Cf., nesse sentido, KOCH (2004), 162, que acrescenta que esse tempo tipicamente varia entre 100 e 500 ms, o que simultaneamente demonstra que o desligar do potencial alvo por não ser o desejado não pressupõe a consciência disso mesmo – de que não era o desejado.

¹⁰⁴² A saliência do estímulo pode ainda, segundo GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 82, resultar do seu carácter ameaçador.

¹⁰⁴³ KOCH (2004), 161.

¹⁰⁴⁴ Existem, no entanto, alguns estudos que sugerem que a orientação exógena da atenção pode ser prevenida, através de um controlo de cima para baixo quando o estímulo surge fora da área a que os sujeitos deveriam estar atentos (para mais

acabado de citar, “se um estímulo é suficientemente saliente, ele “salta à vista” (*pops up*) por causa desta forma de atenção”. A combinação destas duas formas de atenção dá então lugar a uma estrutura da atenção integrada por duas componentes^{1045 1046}.

Assim, e em conclusão, a atenção dirige-se ao estímulo ou porque ele é relevante para a tarefa que o sujeito está a desempenhar ou porque ele é de tal forma saliente que chama a si a atenção, mesmo não sendo relevante para aquela tarefa. Por outro lado, e especificamente quanto à possibilidade de controlar a que estímulos se dirige a atenção, a resposta depende da forma ou mecanismo de seleccionar o objecto da atenção que esteja em causa; nós podemos controlar o objecto da atenção nas situações que descrevemos como sendo de *top-down*, mas já não nas situações de *bottom-up*.

desenvolvimentos cf. JOHNSON, PROCTOR (2004), 76). Também no caso da atenção auditiva os receptores sensoriais localizados no ouvido recebem *inputs* do cérebro que poderão controlar a direcção da atenção, protegendo-a da possível distração com outros barulhos. A investigação disponível mostra, porém, que essa possibilidade de controlo é limitada a estímulos próximos do limiar e poderá não desempenhar um papel importante na orientação da atenção auditiva. Em particular, mudanças na estimulação auditiva ultrapassam tipicamente qualquer tipo de controlo cognitivo destes receptores (para mais desenvolvimentos sobre este ponto cf. JOHNSON, PROCTOR (2004), 104-105.

¹⁰⁴⁵ Esta estrutura dual explica bem, como KOCH evidencia (2004), 162, o fenómeno já atrás descrito da cegueira à mudança, uma vez que normalmente a pessoa só detectará a mudança se a mesma é saliente ou se de forma pré-ordenada orientou a sua atenção precisamente para isso mesmo.

¹⁰⁴⁶ KOCH (2004), 163-167, demonstra ainda que, em determinadas situações, os sujeitos podem ter consciência de estímulos em que a sua atenção não estava focalizada. Tal pode acontecer, em primeiro lugar, em situações em que aos sujeitos é pedido que desempenhem simultaneamente duas tarefas. Uma primeira, a principal, em que a atenção deve estar focalizada, e uma segunda em que se pede que identifiquem objectos que surgem na periferia do local onde a atenção estaria focalizada. Estas experiências mostraram que, em certas situações em que o estímulo era muito saliente ou em que eram usadas imagens de coisas naturais, mantendo a focalização da atenção na realização da tarefa principal os sujeitos foram ainda capazes de identificar o estímulo proposto na tarefa secundária. KOCH refere ainda que suspeita que isso também acontece nas situações que designa de “*gist perception*”, em que a focalização da atenção numa tarefa não impede o acesso à consciência de “um sumário sucinto” de tudo o que está à volta. Com um exemplo do próprio autor: o condutor que vai concentrado na música que está a ouvir na rádio não deixa de ter uma certa consciência, difusa, do traçado da estrada ou do camião lento que tem à sua frente.

Em qualquer destes casos, porém, há um limite que coincide com o limite da própria capacidade de atenção (que se relaciona com o grau de carga perceptiva). Assim, mesmo nos casos que descrevemos como sendo de selecção *top-down*, pode acontecer que não seja possível ao sujeito atender (dirigir a atenção para) a um estímulo relevante para a tarefa que está a desempenhar, porque toda a sua capacidade de atenção já está consumida pelo processamento de outros estímulos igualmente relevantes¹⁰⁴⁷. O mesmo pode, aliás, acontecer nas situações de *bottom-up*, em que não obstante a saliência do estímulo o agente não lhe presta atenção porque a sua capacidade está esgotada com o processamento da informação relevante para a tarefa¹⁰⁴⁸. Nestes casos, tal como nos casos em que a falta de consciência depende da falta de tempo, a falta de atenção que provocou a falta de consciência daquele sinal objectivo de perigo excluirá a responsabilidade por negligência, a não ser que essa responsabilidade se possa fundamentar na verificação dos pressupostos da negligência na aceitação¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁷ Daí que em casos como, por exemplo, os já descritos de cegueira à mudança e cegueira por desatenção possa não haver consciência de um estímulo – diríamos nós, sinal de perigo – que surge “à frente dos seus olhos” por falta de capacidade de atenção. A propósito dos casos de cegueira por desatenção, KOCH chega mesmo a acrescentar que lapsos (inevitáveis) de atenção podem estar na origem de acidentes de tráfego e de aviação atribuídos a erro humano. Com efeito, sob condições de grande visibilidade, sem nenhuma evidência de álcool, drogas, falha mecânica ou sabotagem, condutores ou pilotos inexplicavelmente bateram em obstáculos óbvios. Este autor acrescenta ainda que em teste feitos em simulador de voo, em que foi pedido a pilotos de aviões comerciais que aterrassem um Boeing 727, se constatou que 2 em cada 8 pilotos continuavam a manobra de aterragem sem terem desencadeado qualquer manobra evasiva, mesmo nos casos em que surgia inesperadamente na pista a imagem de um pequeno avião estacionado. Quando, posteriormente, lhes era mostrada a imagem vídeo da sua própria actuação, os pilotos ficam chocados com a sua falta de reacção (cf. KOCH (2004), 155-156).

¹⁰⁴⁸ Recorde-se, a este propósito, a experiência em que foi pedido aos participantes que estivessem atentos a um jogo de bola, tendo-se constatado que os mesmos não reparavam na presença de um homem vestido de gorila a passar pelos jogadores.

¹⁰⁴⁹ Sobre a nossa própria interpretação dos pressupostos da negligência na aceitação cf., com mais detalhe, *infra*, Parte II, Cap. III, 2.2. e nota 1101.

2.1.2. É possível determinar e relacionar as capacidades de atenção disponíveis e exigidas por uma tarefa de forma a decidir se a carga atencional está alta ou baixa?

Quanto à questão de saber se é possível determinar e relacionar as capacidades de atenção disponíveis e exigidas por uma tarefa de forma a decidir se a carga atencional está alta ou baixa, a investigação disponível revela que quer se parta de um modelo de atenção como recurso unitário (*unitary-resource model of attention*), de acordo com o qual a atenção é vista como um recurso unitário de capacidade limitada, que pode estar alocado a uma variedade de processos e tarefas¹⁰⁵⁰, quer se adopte um modelo (de atenção) de múltiplos recursos (*multiple-resources model of attention*), segundo o qual diferentes tipos de tarefas ou diferentes componentes de uma mesma tarefa assentam em diferentes recursos, que têm, por sua vez, as suas próprias e distintas reservas de capacidade¹⁰⁵¹, todos os investigadores estão de acordo em que a capacidade envolvida no processo de atenção tem limites. Nessa medida, sempre que as exigências excedam a capacidade disponível os níveis de desempenho são, inevitavelmente, afectados¹⁰⁵².

A investigação disponível já permite, contudo, avançar mais alguma coisa, quer na concretização dos limites da capacidade (relacionada ou não com a atenção) que é requerida para a execução de uma tarefa, quer na concretização da capacidade disponível num determinado indivíduo num determinado momento. Esta questão tem sido desenvolvida por recurso ao conceito de carga de trabalho mental (*mental workload*) – conceito que reflecte precisamente “a diferença entre

¹⁰⁵⁰ De acordo com JOHNSON, PROCTOR (2004), 263 a 265, modelo de atenção como recurso unitário mais conhecido é o de KAHNEMAN (1973).

¹⁰⁵¹ Para mais desenvolvimentos sobre este modelo cf. JOHNSON, PROCTOR (2004), 265, 267.

¹⁰⁵² JOHNSON, PROCTOR (2004), 290. No que se refere à capacidade envolvida no processo de atenção relacionado com a percepção, isso pode acontecer ou porque são em elevado número os estímulos a que é necessário prestar atenção para o desempenho da tarefa, ou porque se trata de uma tarefa mais exigente do ponto de vista perceptual. Num caso e noutro essa maior exigência pode absorver toda a capacidade de atenção e bloquear o acesso de outra informação relevante para essa tarefa.

as capacidades do sistema do processamento de informação que são requeridas para a execução da tarefa para satisfazer as expectativas e a capacidade disponível num dado momento”¹⁰⁵³, ou, de forma mais simples ainda, a “diferença entre as capacidades disponíveis e exigidas por uma tarefa”¹⁰⁵⁴ – e que pode ser medido quer através de medidas fisiológicas¹⁰⁵⁵, quer através de medidas baseadas na performance¹⁰⁵⁶ quer, finalmente, através de medidas subjectivas¹⁰⁵⁷. Igualmente importante é, porém, compreender que frequentemente o que importa é perceber como é que aquelas capacidades se comportam perante os aspectos dinâmicos de uma dada situação. É nessa sequência que ADDIE JOHNSON e ROBERT W. PROCTOR introduzem nesta problemática o importante conceito de consciência-da-situação (*situation*

¹⁰⁵³ Esta definição de carga de trabalho mental é referida por JOHNSON, PROCTOR (2004-5), 262, que a atribuem a GOPHER e DONCHIN (1986). De acordo com aqueles autores esta definição implica que a carga de trabalho mental varie de pessoa para pessoa e de tarefa para tarefa e dependa das capacidades que são chamadas.

¹⁰⁵⁴ JOHNSON, PROCTOR (2004), 262, que acrescentam que esta definição exige a concretização de quais sejam essas capacidades. A este propósito referem que alguns dos conceitos chave para descrever a carga de trabalho mental são os de “esforço, estimulação ou prontidão para a acção (*arousal*) e recursos. Esforço é um termo genérico e refere-se simplesmente ao exercício consciente. *Arousal* é geralmente usado no sentido fisiológico de prontidão para a acção e recursos podem ser vistos como reservas de processamento hipotético ou capacidades de processamento sensorial, motor ou de informação. Acresce, como também acrescentam (263), que “nem todas as tarefas, porém, impõem carga de trabalho mental susceptível de mediação. Desde que as exigências de processamento estejam dentro das capacidades do executante nenhum sentimento ou manifestação de sobrecarga estará presente. A experiência de sobrecarga mental apenas surge quando demasiado stress é posto em várias capacidades”. Entre as causas da sobrecarga de trabalho mental podem incluir-se “limitações energéticas no processamento, tais como ter de executar tarefas difíceis quando privado de sono; limitações estruturais, tais como não conseguir atender a informação que se encontra simultaneamente à nossa frente e atrás de nós; escassez de recursos, a necessidade de processamento controlado *versus* automático e regulação de cima para baixo do processamento preceptual”.

¹⁰⁵⁵ Trata-se, em síntese, de métodos directos que analisam as respostas do cérebro e do corpo à execução de tarefas. Para mais desenvolvimentos cf. JOHNSON, PROCTOR (2004), 268-271.

¹⁰⁵⁶ Descritas por JOHNSON, PROCTOR (2004), 271-275.

¹⁰⁵⁷ É, segundo JOHNSON, PROCTOR (2004), 276-279, a forma mais frequente de medição da carga de trabalho mental é baseada na assunção de que as pessoas podem correctamente reportar quanta carga de trabalho experimentam durante a execução de uma tarefa.

awareness)¹⁰⁵⁸. Como evidenciam aqueles investigadores, “muitas actividades requerem que estejamos atentos a uma extensa quantidade de informação em mudança, que prevejamos as mudanças no ambiente à nossa volta e que escolhamos o curso de acção adequado. Por outras palavras, temos de manter um modelo dinâmico da situação. Tal modelo inclui não apenas a informação que é necessária para o desempenho da tarefa, bem como os processos de perceber e compreender essa informação e usar tudo isso para fazer previsões acerca do que vai acontecer a seguir. O resultado de manter uma precisa e dinâmica imagem da situação tem sido designado, então, por consciência-da-situação¹⁰⁵⁹, que consiste precisamente, na definição de ENDSLEY, citada igualmente por ADDIE JOHNSON e ROBERT W. PROCTOR¹⁰⁶⁰, na “percepção dos elementos de um ambiente num determinado tempo e espaço, na compreensão do seu significado e na projecção do seu *status* para o futuro”¹⁰⁶¹. De forma ainda mais simples, a consciência-da-situação consiste em estar consciente não apenas da situação num determinado momento (numa perspectiva estática), mas também do modo como ela está a evoluir (numa perspectiva dinâmica, portanto)¹⁰⁶². Esta consciência-da-situação é suportada pela atenção¹⁰⁶³, mas também pela memória de trabalho (*working*

¹⁰⁵⁸ JOHNSON, PROCTOR (2004), 280 e ss. O conceito de consciência-da-situação vem, como se perceberá, confirmar a nossa perspectiva de que a possibilidade de controlo passa pela consciência (*awareness*).

¹⁰⁵⁹ JOHNSON, PROCTOR (2004), 280.

¹⁰⁶⁰ *Ibidem*.

¹⁰⁶¹ Como evidenciam JOHNSON, PROCTOR (2004), 282, “embora a consciência-da-situação possa sofrer quando a carga de trabalho está tão alta que a informação necessária não pode ser processada ou quando a carga de trabalho está de tal forma baixo que o operador perde a vigilância [...] carga de trabalho mental e consciência-da-situação são construções essencialmente independentes”.

¹⁰⁶² JOHNSON, PROCTOR (2004), 280, referem que as duas principais causas de acidentes de viação, que identificam como não prestar a devida atenção e desatenção, poderiam ser mais correctamente descritas como falhas em manter a consciência-da-situação. Citam igualmente (284) estudos de situações de quase-acidentes e outros incidentes de aviação que demonstram que cerca de metade dos erros relatados envolvem a perda da consciência-da-situação.

¹⁰⁶³ A este propósito JOHNSON, PROCTOR (2004), 281, afirmam, com carácter geral, o que também já havíamos concluído, partindo da teoria da carga perceptiva, para os casos em que a carga perceptiva é elevada, ou seja, que o “como e o onde a atenção é dirigida irá determinar quais os elementos do ambiente que serão incorporados na consciência-da-situação, e que quer a saliência da informação quer os objectivos do

memory)¹⁰⁶⁴ e pela memória a longo prazo (*long-term-memory*)¹⁰⁶⁵. Traduz-se, na síntese daqueles autores, na consciência (*awareness*) “que surge quando a atenção é prestada à informação relevante e quando a memória de trabalho e a memória a longo prazo suportam a informação e a manutenção da informação atendida”¹⁰⁶⁶. Ora, tal como vimos acontecer com a carga de trabalho mental, também esta consciência-da-situação pode ser medida, neste caso normalmente através de medidas subjectivas¹⁰⁶⁷.

2.1.3. Que factor ou factores influenciam, por sua vez, a capacidade de atenção?

Tal como acontece com outras capacidades cognitivas, também no que se refere à capacidade de atenção há que estabelecer importantes diferenças. Quer

indivíduo e as suas prioridades ao dirigir a atenção irão influenciar a percepção e a performance”.

¹⁰⁶⁴ Como efeito, a falta de consciência pode decorrer ou de sobrecarga da capacidade perceptiva ou atencional, que impede de perceber ou atender ao estímulo (ou, na nossa linguagem, ao sinal objectivo de perigo), ou, como veremos melhor mais à frente de uma sobrecarga da memória de trabalho, (cf., *infra*, Parte II. III. 3.2.).

¹⁰⁶⁵ JOHNSON, PROCTOR (2004), 282, explicitam ainda que a memória de longo prazo tem um papel especialmente importante em manter a consciência-da-situação no caso de comportamentos de peritos, que recorrem mais vezes à memória a longo prazo do que a memória a curto prazo, uma vez que têm não apenas um conhecimento abstracto do que esperar, como um repositório de situações anteriores que podem condizer com a situação actual. Verifica-se ainda que peritos em muitos domínios demonstraram possuir estratégias de rapidamente codificar a informação na memória a longo prazo e possuir estratégias de recordação eficientes. A este respeito o modelo mental da situação serve como esquema que guia a localização da acção para aspectos importantes da situação e ajuda a interpretar e guardar a informação relevante. Como, porém, alertam aqueles autores, estes modelos mentais também tem um lado negro. A este propósito é citado um estudo de JONES e ENDSLEY (1996), que descobriram que 18% de erros de pilotos de aviação envolvendo uma perda da consciência-da-situação se deviam a uma confiança demasiada num modelo mental pobre, incorrecto ou inapropriado, levando a que a informação não consistente com o modelo fosse ignorada a favor de uma interpretação que seria mais consistente com esse modelo.

¹⁰⁶⁶ JOHNSON, PROCTOR (2004), 281.

¹⁰⁶⁷ O questionário baseado em relatório subjectivo denominado SART (*Situation-Awareness Rating Technique*) é considerado o melhor. Um exemplo de medição da consciência da situação baseado em técnicas de exame de memória é referido *infra* nota 1088. Quer as medições da consciência-da-situação, quer as da carga mental poderão servir como prova na análise de casos penais. Para mais desenvolvimentos acerca dos métodos para medir a consciência-da-situação cf. JOHNSON, PROCTOR (2004), 283.

entre as pessoas, uma vez que a capacidade de atenção dos indivíduos não é evidentemente toda igual, quer na própria pessoa ao longo da sua vida ou, mesmo, ao longo de um dia¹⁰⁶⁸. Vários estudos disponíveis têm procurado evidenciar quer a existência de diferenças *interindividuais* (isto é, de diferenças que se estabelecem entre indivíduos ou grupos de indivíduos) quer, por outro, a existência de diferenças *intra-individuais* (ou seja, de diferenças que se podem estabelecer ao longo da vida – ou ao longo de um dia – de cada pessoa)¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁸ Se, até agora, os estudos que temos referido se têm centrado na atenção visual selectiva, os estudos sobre as diferenças na atenção entre os indivíduos ou no próprio indivíduo ao longo da vida ou ao longo de um dia têm um âmbito mais vasto. A bibliografia disponível sobre esta temática é, também por isso, particularmente vasta e complexa. Quer porque a atenção é, em si, multifacetada, no sentido de que é integrada por vários processos e se apresenta sob diversas formas, quer porque os diferentes autores não usam sempre a mesma terminologia. Nós seguiremos mais de perto, neste ponto, a investigação de JOHNSON, PROCTOR (2004), 293-331.

¹⁰⁶⁹ Abordaremos no texto apenas as diferenças ao nível dos processos de atenção em pessoas “normais” e saudáveis. Um estudo desenvolvido acerca dos distúrbios da atenção relacionados com situações de doença ou lesões cerebrais pode encontrar-se em JOHNSON, PROCTOR, HAAN, KESSELS (2004), 367-395. Sintetizaremos, de seguida, algumas das conclusões desse estudo. Quer porque ele mostra que certas doenças de que normalmente se extraem consequências penais apenas em sede de culpa podem desde logo afectar a tipicidade da acção, quer porque se trata de fenómenos que ocorrem com bastante frequência – como ali se refere (368) cerca de 80% das doenças ou lesões cerebrais conduzem a défices de atenção. Entre os distúrbios de atenção que se designam por distúrbios de desenvolvimento atencional (problemas cognitivos ou comportamentais que se apresentam na infância) aqueles autores referem-se, em particular, ao autismo e ao distúrbio de hiperactividade com défice de atenção (DHDA) (*attention-deficit hiperactivity disorder* – ADHD), enquanto distúrbios de desenvolvimento relativamente comuns com capacidade para afectar os processos mentais subjacentes à percepção e à atenção. No que especificamente se refere a este último distúrbio, acrescenta-se mesmo (369) que se trata de um dos distúrbios de desenvolvimento mais comuns, apresentando, no mundo ocidental, uma incidência que oscilará entre os 3% e os 5% da população. Este tipo de distúrbio é precisamente caracterizado por deficiências graves no processo de atenção (por exemplo, por dificuldades em atender a informação relevante ou em sustentar a atenção) e no comportamento (manifesta-se, por exemplo, em dificuldades acrescidas em esperar pela vez). Estudos mais recentes realizados em crianças com síndrome de hiperactividade com défice de atenção demonstram, ainda, que a capacidade de exercer o controlo inibitório de respostas deverá ser o maior deficit em pessoas que sofrem dessa doença. Analisando depois (371-377 e 381-385) os défices de atenção motivados por lesões cérebro-vasculares, tais como os enfartes isquémicos, em que se dá uma obstrução de uma artéria, ou as hemorragias cerebrais, em que se dá o rebentamento de um vaso sanguíneo, concluem aqueles investigadores que esse tipo de acidentes provoca tipicamente dificuldades na prontidão para a acção ou estimulação, na atenção selectiva, e na sustentação e divisão da atenção. A exacta função da atenção que é afectada e a

dimensão em que o é dependem depois da localização e intensidade da lesão. Por exemplo, no caso de ser na artéria cerebral posterior, afecta o lobo occipital e a parte posterior do lobo temporal que pode causar defeitos no campo visual; caso ela se dê no lobo frontal, poderá também ser afectada a chamada função executiva (que coordena o processo de detecção e resposta). Referem-se ainda aqueles autores aos défices atencionais determinados por lesões na cabeça (378-385). Este tipo de lesões é também muito comum no mundo ocidental (cerca de 100 casos por cada 100.000 pessoas por ano), e atinge, numa percentagem elevada, pessoas relativamente novas (segundo um estudo de 1999 aí citado a idade média das vítimas deste tipo de lesão é de 23 anos), o que significa que muitas pessoas sofrerão de défices cognitivos crónicos mais ou menos graves durante toda a sua vida futura. Também neste caso a exacta função da atenção que é afectada e a dimensão em que o é dependem do tipo e da intensidade da lesão. A este propósito faz-se neste estudo uma primeira distinção entre as lesões traumáticas (dentro das quais ainda se distingue entre lesões na cabeça penetrantes e quase penetrantes), consoante tenha ou não havido penetração intracranéica, por um lado, e, por outro, o chamado traumatismo cervical, que pode ocorrer quando a cabeça é fortemente abanada em hiperflexão e hiperextensão do pescoço sem contacto directo da cabeça com um objecto. Também a demência, definida por aqueles autores como uma deterioração geral no funcionamento mental, envolve, segundo os mesmos (385-388), o desenvolvimento de múltiplos défices cognitivos ou comportamentais, incluindo falhas de memória, e é geralmente acompanhada de défices na percepção visual, linguagem e atenção. Há dois tipos de demência, uma envolvendo degeneração do tecido cortical e outra que afecta principalmente as regiões subcorticais, calculando-se que devido ao aumento da esperança de vida no mundo ocidental cerca de 2 a 4% da população deverá sofrer de Alzheimer, o tipo de demência cortical mais frequente (abarca cerca de 50% a 60% deste tipo de demência). Os problemas centrais desta doença ao nível da atenção centram-se na redução da função executiva da atenção ao nível da memória de trabalho (*working memory*). Também estão identificados défices ao nível de tarefas de atenção selectiva, demonstrando-se igualmente dificuldade em inibir a resposta dominante. Entre as doenças subcorticais mais proeminentes destacam-se a doença de Parkinson e a doença de Huntington. Também os pacientes com sida podem desenvolver este tipo de demência devido à calcificação das áreas subcorticais do cérebro. Especificamente no caso dos doentes com Parkinson evidencia-se ainda que, se bem que normalmente não sofram de demência, se verifica também que com a idade o risco de sofrer défices cognitivos aumenta, o que pode incluir situações de disfunção da atenção selectiva. Finalmente, evidenciam aqueles autores (388-391) que também as doenças do foro psiquiátrico, que variam desde os mais modestos distúrbios, como fobias, a condições complexas como o distúrbio bipolar, conduzem a défices de atenção. Em muitas, se não todas estas doenças, os distúrbios da emoção e personalidade são acompanhados de problemas no funcionamento cognitivo. Debruçando-se especificamente sobre as duas doenças psiquiátricas mais comuns, a esquizofrenia (7 em cada 1000 pessoas tem pelo menos um episódio desse tipo na sua vida), e a depressão (de acordo com certas estimativas 10% a 30% da população experiencia pelo menos um episódio de depressão), conclui-se que, no primeiro caso, os seus efeitos não se limitam apenas, como se começou por pensar, a perturbações na emoção e na personalidade, mas, como trabalhos de neuroimagem mais recentes demonstram, provocam igualmente falhas estruturais no cérebro que, por sua vez, afectam, em maior ou menor medida, a maior parte dos domínios cognitivos como a linguagem, a memória e a atenção. Neste último caso verificou-se, designadamente, que os doentes esquizofrénicos têm geralmente

Essas diferenças são, como veremos, notórias, em vários processos básicos relacionados com a atenção, tais como, por exemplo, filtrar a informação relevante, manter um estado de vigilância ou dividir a atenção entre duas tarefas a realizar simultaneamente.

2.1.3.1. Diferenças interindividuais

A capacidade de cada pessoa para a realização dos processos básicos relacionados com a atenção – como, por exemplo, focalizar a atenção na informação relevante e ignorar a irrelevante – pode depender, como evidencia a generalidade dos investigadores, de uma multiplicidade de factores de natureza social, motivacional ou cognitiva¹⁰⁷⁰. A maior parte dos estudos que, a este propósito, têm sido feitos, têm procurado comparar os resultados a partir da identificação de grupos de pessoas; novos ou velhos, crianças com ou sem distúrbio de hiperactividade com défice de atenção (DHDA), etc. Os estudos mostram, no entanto, que mesmo entre pessoas adultas “normais” são detectáveis importantes diferenças na sua capacidade de realização de alguns processos básicos de atenção.

Algumas experiências demonstram, por exemplo, que a capacidade para mudar a atenção entre duas ou mais tarefas pode ser eficazmente medida, e os seus resultados usados para prever níveis de desempenho em tarefas mais complexas. Em experiências realizadas com cadetes da força aérea israelita e condutores de autocarro foi possível verificar que uma menor capacidade para mudar a atenção entre duas ou mais tarefas estava, no caso dos cadetes israelitas,

maus desempenhos em testes de atenção selectiva e atenção mantida. Quanto aos efeitos da depressão (distúrbio de disposição caracterizado por sentimentos negativos, perda de iniciativa, e redução de prazer em actividades que normalmente seriam consideradas agradáveis) na cognição, está demonstrado que aquela pode resultar em perda de concentração, de memória e de atenção. Os défices de atenção observam-se, sobretudo, em tarefas de atenção selectiva e mantida

¹⁰⁷⁰ A este propósito, JOHNSON, PROCTOR (2004), 294, referem precisamente que qualquer professor, primário ou universitário, pode testemunhar a existência de diferenças importantes entre os seus alunos na capacidade de tomar atenção.

relacionada com um maior índice de reprovações no curso para piloto ou, no caso dos condutores de autocarro, com um aumento do número de acidentes¹⁰⁷¹.

Outras experiências importantes, feitas agora na área da atenção visual, que mediram o campo funcional da visão (*functional field of view* – FFOV) – consistente na área espacial em que um indivíduo consegue desempenhar uma tarefa visual sem mover os olhos ou a cabeça – verificaram, por um lado, que há diferenças significativas no tamanho do FFOV entre jovens adultos (que é maior) e adultos mais velhos (que é menor) e, por outro, que os jovens adultos tendem a ter melhores desempenhos nas tarefas que supõem a detecção de mudanças¹⁰⁷². Uma explicação normalmente apresentada para estes resultados é precisamente a de que um maior FFVO está relacionado com uma maior capacidade de notar uma mudança.

Particularmente importantes são, ainda, as experiências relacionadas com a atenção selectiva, que sugerem a existência de uma relação entre a capacidade de evitar os erros do dia-a-dia e a capacidade de ignorar estímulos irrelevantes e entre esta última e a atenção selectiva¹⁰⁷³. As experiências efectuadas demonstram que as pessoas que cometem menos erros do dia-a-dia têm simultaneamente uma maior capacidade para activamente ignorar estímulos

¹⁰⁷¹ Descritas em JOHNSON, PROCTOR (2004), 295. Já sobre a capacidade de atender a mais de uma coisa ao mesmo tempo, em particular sobre a capacidade em dividir a atenção entre múltiplas tarefas (e não de mudar de uma para outra), cf. ainda, dos mesmos autores, JOHNSON, PROCTOR (2004), 163-190, onde se conclui, em síntese, que saber se certas tarefas podem ou não ser executadas em conjunto depende da natureza das mesmas, do nível de capacidades requeridas em cada componente de cada tarefa e da quantidade de atenção requerida por cada uma delas.

¹⁰⁷² Descritas em JOHNSON, PROCTOR (2004), 295-297.

¹⁰⁷³ A tendência para cometer erros do dia-a-dia (como por exemplo trocar o sítio das chaves ou esquecer-se delas porque se foi a determinada sala) pode ser medida através de questionários, sendo que os dois mais frequentemente usados são o *Short Inventory of Mental Laps* (SIML) e o *Cognitive Failures Questionnaire* (CFQ) (JOHNSON, PROCTOR (2004), 294, 298.

irrelevantes¹⁰⁷⁴ e, conseqüentemente, uma maior eficiência na sua atenção selectiva¹⁰⁷⁵.

Também se pôs a hipótese de que as pessoas que têm maior dificuldade em resistir à captura visual – ou seja, à captura da atenção por estímulos repentinos – possam também ter uma maior tendência para verem as suas acções serem capturadas por estímulos do ambiente¹⁰⁷⁶. ADDIE JOHNSON e ROBERT W.

¹⁰⁷⁴ O processo inibitório, em geral, reflecte um fenómeno (a supressão de informação ou acções) que tem subjacente uma série de mecanismos. Por outro lado, tal como já vimos acontecer em relação à atenção, ele tem diversas funções no processamento de informação, que vão desde (i) a inibição de informação irrelevante para o desempenho de dada tarefa, (ii) à inibição de associações irrelevantes (no sentido de suprimir pensamentos) no âmbito da memória de trabalho, de forma a facilitar o acesso à informação relevante, (iii) à eliminação de informação que deixou de ser relevante ou, finalmente, (iv) à restrição da activação de respostas até todas as hipóteses de acção serem consideradas. Para mais desenvolvimentos sobre os processos envolvidos no suprimir de informação irrelevante e no inibir de acções inapropriadas, bem como sobre as diversas funções dos processos inibitórios, cf. JOHNSON, PROCTOR (2004), 127-162.

¹⁰⁷⁵ JOHNSON, PROCTOR (2004), 298, relatam uma experiência realizada por TIPPER e BAYLIS (1987), em que estes autores investigaram diferenças individuais na capacidade de ignorar informação irrelevante. Aos participantes foi solicitado que seleccionassem uma palavra de uma certa cor enquanto deviam ignorar um estímulo distractivo de outra cor, que poderia ser uma palavra ou uma fila de letras aleatórias. Demonstrou-se que as pessoas que no teste CFQ tinham pontuações altas, isto é que faziam muitos erros no dia-a-dia, respondiam com a mesma rapidez que as pessoas que tinham pontuações baixas naquele questionário apenas quando o estímulo distractivo era uma fila de letras aleatórias, mas já levavam bastante mais tempo a responder quando o estímulo distractivo era uma palavra. Assumindo que só quando o estímulo distractivo é uma palavra é que tem de haver uma inibição activa por parte da pessoa, desta experiência retiraram aqueles autores que as pessoas mais distraídas têm mais dificuldade em inibir informação semântica irrelevante. Descobriram ainda que só quem tinha uma pontuação baixa no CFQ demonstrava “*negative priming effects*” (trata-se de um efeito que consiste numa resposta mais lenta a um estímulo numa experiência – que tanto pode consistir numa tarefa em que se pede aos participantes que identifiquem um dado objecto, como numa tarefa em que o que lhes é pedido é que identifiquem a sua localização – como resultado de ele ter surgido numa experiência anterior como distractivo), o que é considerado também um indicador de selecção eficiente uma vez que reflecte a inibição de informação competitiva. Desta forma o “*negative priming effects*” constitui mais uma prova de que a selecção de dado estímulo é acompanhada da supressão de distractores. Destas duas experiências retiraram ainda aqueles autores a conclusão de que diferenças individuais na eficácia da atenção selectiva podem resultar de diferenças na capacidade de inibir estímulos irrelevantes.

¹⁰⁷⁶ Muitos erros do dia-a-dia, atrás referidos, podem ser atribuídos a captura de planos de acção por estímulos do ambiente (ex: uma acção planeada (ir a biblioteca) pode ser

PROCTOR¹⁰⁷⁷ referem, a este propósito, uma experiência efectuada por LARSON e PERRY (1999) que demonstraram que as pessoas com pontuações altas nos testes de CFQ têm maior dificuldade em inibir movimentos de olhos rápidos e reflexivos na direcção de uma pista distractiva do que as pessoas com baixa pontuação nesses testes, que conseguiram manter os olhos e presumivelmente a sua atenção fixos por um período de tempo necessário para inibir movimentos de olhos reflexivos na direcção da pista distractiva.

As diferenças interindividuais na atenção, em especial na capacidade de controlar ou aplicar a atenção, também podem estar relacionadas com o factor inteligência¹⁰⁷⁸. Embora a natureza exacta da relação entre inteligência e atenção e a própria natureza da inteligência e da atenção continuem a ser tema de debate¹⁰⁷⁹, uma série de experiências realizadas mais recentemente torna claro que as pessoas mais inteligentes são normalmente melhores a executar tarefas

capturada por estímulos do ambiente (uma rua que vai dar a casa) de forma que a acção é levada a cabo por esse estímulo).

¹⁰⁷⁷ JOHNSON, PROCTOR (2004), 298- 299.

¹⁰⁷⁸ Sem entrar numa discussão mais aprofundada acerca das várias teorias sobre a inteligência, JOHNSON, PROCTOR (2004), 331, referem que a inteligência geral (g) consiste em dois tipos de inteligência: a inteligência geral cristalizada, que deriva da cultura, do conhecimento e a inteligência geral fluida, que se traduz na capacidade de raciocinar e resolver novos problemas.

¹⁰⁷⁹ Assim, designadamente, JOHNSON, PROCTOR (2004), 299.

que requerem a atenção¹⁰⁸⁰, sendo essa ligação mais forte em tarefas que requerem atenção controlada¹⁰⁸¹ ou manutenção activa de objectivos.

2.1.3.2. Diferenças intra-individuais

Como referimos *supra*, os estudos disponíveis mostram não apenas a existência de diferenças interindividuais na atenção, mas, também, que existem ainda importantes diferenças intra-individuais que influenciam processos básicos relacionados com a atenção.

Começando pelas diferenças que, a este nível, se podem verificar ao longo de um dia, ADDIE JOHNSON e ROBERT W. PROCTOR¹⁰⁸² começam por evidenciar as que se relacionam com os níveis de disposição para a acção (*arousal*) e os ritmos circadianos. Como começam por referir, a maior parte das pessoas está familiarizada com a sensação de sonolência logo depois de acordar. Tal acontece

¹⁰⁸⁰ As tarefas que envolvem manter instruções ou objectivos activos parecem estar claramente relacionadas com a inteligência. Efectivamente, vários estudos demonstram que pessoas com menor inteligência têm mais dificuldade em iniciar mudanças de atenção de uma dimensão de estímulos para outra quando as regras de mudança têm de ser mantidas na memória. O mesmo parece, aliás, acontecer na execução de tarefas que envolvem a capacidade de dividir a atenção. Apesar de certos estudos de dupla tarefa estarem relacionados com outros factores que também poderiam explicar a relação entre a capacidade de executar uma dupla tarefa e a inteligência (como o aumento das exigências de memória nas condições da dupla tarefa) já outros dão resultados consistentes com o elemento da inteligência relacionado com a divisão da atenção. Os estudos realizados levaram, inclusivamente, a que já se tenha defendido que algumas duplas tarefas poderiam ser usadas como substitutas de testes de inteligência (para uma descrição mais detalhada dos estudos citados nesta nota cf. JOHNSON, PROCTOR (2004), 301-302.

¹⁰⁸¹ A este propósito JOHNSON, PROCTOR (2004), 302-304, referem várias experiências realizadas por DUNCAN e outros (1996), que sugerem que o aspecto da atenção que melhor descreve a inteligência geral é o controlo atencional efectuado pelos lobos frontais. Por outro lado, a inteligência também tem sido relacionada com o processo controlado em geral, que tem sido definido como sendo relativamente lento, que requer esforço e que envolve a consciência da sua própria acção, por oposição ao processo automático descrito como *capacity-free* e como execução movida pelo estímulo que não está dependente do controlo consciente. Assim, por exemplo, JOHNSON, PROCTOR (2004), 304-305, que descrevem experiências efectuadas por ACKERMAN (1998) e TUHOLSKI, ENGEL e BAYLIS (2001), que compararam execuções em tarefas que requerem um processamento controlado com execuções em tarefas mais simples e que sugerem que a capacidade de exercer atenção controlada está claramente relacionada com a inteligência.

¹⁰⁸² JOHNSON, PROCTOR (2004), 306.

porque, nessa altura, ainda estão em crescendo os níveis de temperatura corporal e disposição para a acção. A temperatura corporal muda ao longo do dia – vai aumentando até cerca das 22h, altura em que atinge o seu ponto mais alto, começando depois a cair até atingir o seu ponto mais baixo cerca das 5h – e os níveis de prontidão e o desempenho variam com essa mudança¹⁰⁸³. De acordo com estudos citados por ADDIE JOHNSON e ROBERT W. PROCTOR¹⁰⁸⁴ será, por exemplo, possível concluir que no caso de simples tarefas perceptual-motoras o desempenho melhora com o aumento da temperatura corporal. Já no caso de tarefas que envolvem significativamente a utilização da memória de curto prazo (*short-term memory*), como argumentação verbal ou raciocínio aritmético, tipicamente são melhor executadas durante a manhã, atingindo o nível óptimo por volta do meio-dia.

Outro aspecto da disposição para a acção que tem sido especificamente relacionado com a atenção são os sentimentos subjectivos de energia/fadiga¹⁰⁸⁵, frequentemente descritos como disposição energética (*energetic arousal*). Vários estudos demonstram que altos níveis de disposição energética (que correspondem a forte sentimento subjectivo de energia) estão normalmente associados a melhorias no desempenho das tarefas, desde as mais simples às mais complicadas – sendo progressivamente mais facilitantes à medida que a complexidade da tarefa aumenta –, tendo sido sugerido que tal está directamente relacionado com as exigências de atenção da tarefa; i.e., os sentimentos

¹⁰⁸³ A relação entre o nível geral de estimulação ou disposição de uma pessoa para agir (*arousal*) e o desempenho foi pela primeira vez descrita em 1908 por YERKES e DODSON. Para mais desenvolvimentos sobre esta relação cf. JOHNSON, PROCTOR (2004), 38 e ss., onde, designadamente, se demonstra, através da referência a vários estudos, que, para além das horas do dia, também outros factores como o barulho, a privação do sono, o álcool, a cafeína, a impulsividade ou a existência de incentivos podem afectar, negativa ou positivamente, o nível geral de estimulação ou disposição de uma pessoa para agir e, consequentemente, o desempenho na execução de uma tarefa.

¹⁰⁸⁴ JOHNSON, PROCTOR (2004), 306-308.

¹⁰⁸⁵ Cf., nesse sentido, JOHNSON, PROCTOR (2004), 308-309, onde se acrescenta ainda que a estimulação energética (*energetic arousal*) pode ser medida através de uma lista descritiva das disposições (*moods*) – isto é estados de afecto difusos, de baixa intensidade mas relativamente longa duração (cf. *infra* nota 1163) – a UWIST *mood adjective checklist* (UMACL), na qual os participantes avaliam a sua disposição actual em termos de sentimentos de energia, tensão e prazer.

subjectivos de energia traduzem uma disponibilidade das fontes de atenção que podem então ser alocadas a diferentes aspectos do processamento da tarefa, conduzindo a um melhor desempenho.

Ainda no âmbito das diferenças intra-individuais outro dos factores que pode condicionar decisivamente a capacidade de realizar processos básicos relacionados com a atenção é a idade¹⁰⁸⁶. As experiências realizadas demonstram, a este propósito, que os efeitos mais fortes do envelhecimento na atenção são particularmente visíveis em tarefas que requerem o controlo executivo da atenção¹⁰⁸⁷.

Um primeiro processo básico que requer o controlo executivo da atenção e que é significativamente afectado pelo envelhecimento é o que se relaciona com a capacidade de divisão da atenção¹⁰⁸⁸.

Outro processo básico que pode envolver o controlo executivo da atenção e que é afectado pelo envelhecimento é o processo inibitório ou a capacidade de inibir informação e/ou respostas, que, como já vimos, é central para a atenção

¹⁰⁸⁶ A capacidade de atenção, como qualquer outra função cognitiva básica, varia, por vezes significativamente, ao longo da vida. No texto desenvolveremos algumas dessas diferenças entre jovens adultos e adultos mais velhos. Sobre o desenvolvimento dos processos da atenção nas crianças ou as diferenças entre crianças e adultos, designadamente no que se refere à capacidade de manter as instruções e a atenção numa tarefa; à capacidade de orientar a atenção; à capacidade de estreitar ou aumentar o foco da atenção; à capacidade de abortar acções perante o sinal de paragem (processo inibitório); à atenção selectiva em situações de carga perceptiva alta ou baixa ou à capacidade de dividir a atenção cf. JOHNSON, PROCTOR (2004), 309-314.

¹⁰⁸⁷ Controlo executivo da atenção tem sido definido como o processo de selecção, programação e coordenação do processo de percepção, memória e acção. As tarefas que exigem esse controlo são tarefas que exigem um processamento de informação controlado pela atenção, como acontece quando mais de uma tarefa tem de ser levada a cabo ao mesmo tempo ou quando diferentes objectivos no desempenho de uma mesma tarefa têm de ser mantidos activos (JOHNSON, PROCTOR (2004), 314).

¹⁰⁸⁸ JOHNSON, PROCTOR (2004), 314, começam por referir, citando a propósito uma conclusão de CRAIG extraída a partir de um estudo realizado em 1977, e confirmada por vários estudos posteriores, que um dos resultados mais claros da psicologia do envelhecimento é precisamente o de que as pessoas mais velhas têm mais dificuldade em dividir a sua atenção. Sobre a possibilidade de através de treino ultrapassar este decrescer na execução da dupla tarefa entre adultos mais velhos, questão importante dado a relação entre a capacidade de alocar a atenção e executar uma tarefa complexa, tal como guiar, cf., dos mesmos autores, JOHNSON, PROCTOR (2004), 315-316.

selectiva. Tem, efectivamente, sido posta a hipótese de que o decrescer geral na velocidade do processamento de informação se deve, em parte, precisamente ao declínio da capacidade de controlo do processo inibitório¹⁰⁸⁹, que conduz a uma atenção selectiva ineficiente¹⁰⁹⁰ que, por sua vez, conduz à intrusão de informação irrelevante na memória de trabalho (*working memory*)¹⁰⁹¹. Ora, uma vez que a capacidade da memória de trabalho é limitada, as deficiências no processo de inibição de informação podem conduzir a que aquela fique sobrecarregada com informação irrelevante o que, por sua vez, conduzirá a dificuldades no pensamento, na selecção de objectivos apropriados e de acções¹⁰⁹².

¹⁰⁸⁹ JOHNSON, PROCTOR (2004), 317 ss, referem, nesse sentido, estudos de KRAMER e outros (1994). Estes últimos autores chamam, no entanto, a atenção para o facto de que apesar de muitos investigadores terem evidenciado diferenças devido à idade na capacidade de inibir informação ou respostas, o suporte para esse decrescer da eficiência inibitória é limitado, uma vez que só se notam diferenças mais acentuadas entre adultos mais novos e mais velhos em tarefas perante sinais de paragem ou em tarefas de categorização, que dependem do funcionamento do lóbulo frontal. Já em tarefas que envolvam outras vias neurais (como as vias dorsal e ventral, envolvidas, respectivamente, nas tarefas de processamento de localização e processamento de objecto), não são ou não são tão afectadas pelo envelhecimento.

¹⁰⁹⁰ Uma tarefa de inibição ao nível mais básico que é afectada pela idade, em que pessoas mais velhas são mais lentas que pessoas mais novas, é a tarefa de suprimir o movimento dos olhos para pistas periféricas. Vários estudos citados por JOHNSON, PROCTOR (2004), 319, sugerem efectivamente que as pessoas mais velhas são mais lentas do que as mais novas na realização desta tarefa e, portanto, falham mais frequentemente a inibição do desviar do olhar para o distractor irrelevante.

¹⁰⁹¹ Como veremos melhor mais à frente (cf. *infra* Parte II, Cap. III, 3.1.2.), JOHNSON, PROCTOR, NIEUWENSTEIN (2004), 198, esclarecem que “o termo *working memory* (memória de trabalho) é frequentemente utilizado como sinónimo de *short-term memory* (memória de curto prazo) para referir um sistema de memória que contém a informação relevante para a realização das actividades e objectivos correntes”.

¹⁰⁹² Com efeito, convém recordar que os processos inibitórios, para além de inibirem informação irrelevante no primeiro estágio do processamento de informação – i.e., no momento da percepção ou identificação do estímulo –, também têm um papel importante na segunda fase desse processamento – ou seja, no momento da tomada de decisão ou selecção da resposta adequada. Na verdade, quando o pensamento actual ou acção projectada ou em curso já não são apropriados ao objectivo a prosseguir têm de ser substituídos por um outro. Ora, o primeiro passo nessa mudança de um dado curso de acção para outro consiste precisamente em parar ou inibir a continuação do que está a decorrer. Como, a este propósito, concluem JOHNSON, PROCTOR (2004), 161, “a capacidade para terminar acções uma vez que se torna evidente que já não são apropriadas é central no comportamento adaptativo”. Por outro lado, como também ali

Outros dois processos básicos de atenção, mais uma vez ligados ao seu controlo executivo e que parecem ser afectados pelo envelhecimento são, por um lado, a capacidade de mudar de tarefa ou aprender a mudar de tarefa¹⁰⁹³ e, por outro, a capacidade de monitorizar a sua execução, reconhecer os seus erros e corrigi-los¹⁰⁹⁴.

Importa, por último, referir que a atenção também pode ser afectada pelo estado emocional do indivíduo¹⁰⁹⁵. Emoções de tal forma intensas ao ponto de se tornarem patológicas, como pode ser o caso da ansiedade, podem levar a que o processamento de informação seja distorcido através da influência dessas emoções na atenção¹⁰⁹⁶. Várias experiências demonstram, por exemplo, que pessoas com distúrbios de ansiedade tendem a ver a sua atenção, logo no estádio

se conclui, a investigação realizada mostrou que até a resposta ser efectivamente realizada “não existe nenhum ponto de não retorno no processamento de informação”, podendo, em qualquer altura, as intenções serem alteradas e o curso da acção modificado.

¹⁰⁹³ JOHNSON, PROCTOR (2004), 320, referem uma experiência realizada por KRAMER, HAHN e GOPHER (1999) em que estes compararam, a este propósito, a performance de jovens adultos (18-25 anos) e adultos mais velhos (60-75 anos), tendo concluído que apesar de os adultos mais velhos conseguirem por vezes mudar de tarefa quase tão bem como os adultos mais novos, a capacidade de mudar de tarefa (ou a capacidade de aprender a mudar entre tarefas) parece declinar com a idade.

¹⁰⁹⁴ A capacidade de monitorizar a própria acção (de reconhecer o erro e de ajustar a acção em conformidade) é reconhecidamente um factor importante na execução de uma série de tarefas, revelando as pessoas mais velhas uma menor capacidade a este nível. Essa capacidade é normalmente estudada usando o paradigma de sinalização do erro, em que se pede aos participantes para premirem um botão quando notarem que estão a cometer um erro. JOHNSON, PROCTOR (2004), 320-321, citam uma experiência de RABBIT (1990), onde se distingue entre o reconhecer o erro, o corrigir o erro e o reportar o erro, concluindo que parece haver uma relação progressiva entre o avançar da idade e a diminuição de desempenho em cada uma dessas fases. Quer dizer, a experiência mostrou que as diferenças entre adultos mais novos e mais velhos era maior ao nível do reportar dos erros do que aos níveis da detecção e correcção dos mesmos.

¹⁰⁹⁵ Assim, designadamente, JOHNSON, PROCTOR (2004), 327, que afirmam expressamente que “atenção e memória podem ser afectadas pelo estado emocional do observador”, acrescentando, logo a seguir, que “emoção e cognição estão interligadas”.

¹⁰⁹⁶ JOHNSON, PROCTOR (2004), 327.

inicial de selecção, mais facilmente capturada por estímulos relacionados com ameaças¹⁰⁹⁷.

De acordo com alguns investigadores, citados por ADDIE JOHNSON e ROBERT W. PROCTOR¹⁰⁹⁸, para além da ansiedade, já referida, haveria outro tipo de distúrbio emocional, a depressão, que conduziria igualmente a tendências na selecção e no processamento de informação. De acordo com aqueles investigadores, pessoas deprimidas tenderiam a focalizar a sua atenção na informação negativa. ADDIE JOHNSON e ROBERT W. PROCTOR contestam, contudo, esta conclusão, alegando, essencialmente, que são insuficientes as experiências com base nas quais a ela se chegou¹⁰⁹⁹.

2.2. Consequências ao nível dos elementos necessários à cognoscibilidade individual da realização do facto típico. Os casos de défice de atenção devido a subestimulação ou distractibilidade.

Dissemos *supra* que, em determinadas situações, que descrevemos, a atenção condiciona a consciência sensorial, nomeadamente a visual. E acrescentámos que, para podermos extrair daí todas as consequências para o problema com que concretamente estamos confrontados (nomeadamente saber quando se pode afirmar a consciência dos sinais objectivos de perigo), importaria

¹⁰⁹⁷ Para mais desenvolvimentos sobre as experiências referidas no texto cf. JOHNSON, PROCTOR (2004), 329, e GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 82. Estes últimos autores referem ainda outros estudos feitos com pessoas que sofriam de perturbações pós-traumáticas do stress (*posttraumatic stress disorders* – PTSD), como veteranos de guerra, bem como com pessoas com outras fobias e ansiedades particulares, onde também se concluiu que essas pessoas têm dificuldade em ignorar a informação relevante para os seus distúrbios. Acrescentam ainda que descobertas recentes sugerem que o mecanismo que está por detrás deste fenómeno decorre da dificuldade em se desligarem daquela informação emocional e dos estímulos que lhe estão associados.

¹⁰⁹⁸ JOHNSON, PROCTOR (2004), 329.,

¹⁰⁹⁹ Esta tendência por parte de pessoas deprimidas para palavras negativas é geralmente descoberta apenas em testes de memória explícitos e não em testes implícitos. Tal diferença sugere que o relembrar selectivo de itens negativos se deve a uma elaboração dos itens negativos e não a uma tendência para dar mais atenção a palavras negativas quando elas são apresentadas, JOHNSON, PROCTOR (2004), 328. Já a memória é afectada por este estado emocional; as pessoas deprimidas demonstram efectivamente uma tendência a relembrar-se mais de eventos negativos JOHNSON, PROCTOR (2004), 329.

avançar um pouco mais na investigação acerca dos mecanismos de funcionamento da própria atenção, investigação que nos levou a procurar responder às questões de saber *o que leva a atenção a dirigir-se a um estímulo e não a outro? Se pode o sujeito controlar a que estímulos dirige a sua atenção? Se é possível determinar e relacionar as capacidades de atenção disponíveis e exigidas por uma tarefa de forma a decidir se a carga atencional está alta ou baixa? Que factor ou factores influenciam, por sua vez, a capacidade de atenção?*

Feito esse trabalho, é chegada a altura de evidenciarmos algumas das suas principais conclusões. Em geral, identificámos tipos de situações em que, tal como vimos acontecer na relação entre a consciência e o factor tempo, também a falta de atenção pode provocar a falta de consciência dos sinais objectivos de perigo (primeiro elemento da cognoscibilidade), ou mesmo a falta de um dos demais elementos da cognoscibilidade, o que, a verificar-se, em princípio excluirá a responsabilidade a título de negligência inconsciente. Entre as principais situações desse tipo contam-se, de acordo com o que já vimos até agora, quer as situações em que uma carga perceptiva alta impede a atenção de se focar em determinados estímulos e, dessa forma, impede que estes últimos cheguem à consciência¹¹⁰⁰, quer as situações em que existe uma sobrecarga da memória de trabalho, o que pode, por sua vez, ou influenciar directamente a

¹¹⁰⁰ Neste ponto não podemos deixar de recordar o conhecido caso Adomako, tratado pela jurisprudência inglesa. Neste caso temos precisamente um exemplo em que um alto nível de carga perceptiva, em consequência da multiplicidade de sinais de alarme relativos ao sistema circulatório detectados pela aparelhagem ligada ao paciente da cirurgia, levou a uma tal sobrecarga da atenção que impediu a consciência dos sinais de perigo (cor azul da pele, desconexão do tubo respiratório) relacionados com a falta de oxidação em consequência da interrupção da ligação intratraquial respiratória que eram no caso determinantes. Também neste caso se verifica que os estímulos ameaçadores relacionados com falhas no sistema circulatório captaram a atenção mais rapidamente do que quaisquer outros, sendo este efeito reforçado pela forte emoção de ansiedade. Acresce, que a falta do sinal de alarme resultante de estar desligado o sistema de alarme da aparelhagem de apoio respiratório foi inesperado e, por isso, desviou a atenção da causa do perigo e dos seus sinais. Nestas condições a possibilidade de prever o perigo concreto e do meio de o evitar não existe no primeiro momento e depende da superação da inicial situação psicológica durante os cinco minutos que antecederam o ataque cardíaco fatal.

percepção do objecto da atenção, ou, como se desenvolverá mais à frente, impedir a atenção de se focar no objectivo adequado, levando a erros de raciocínio que impedem ou dificultam a previsão da situação de perigo ou a escolha do meio para o evitar. Estas situações determinarão, em regra, a activação de processos de acção inapropriados. Só que, nestes casos, essa activação de processos de acção inapropriados não poderá, em regra, ser atribuída ao agente a título de negligência, ainda que inconsciente, por falta dos elementos da cognoscibilidade que permitem a possibilidade de controlo da acção¹¹⁰¹.

Existe, ainda, um outro importante grupo de situações, não abordadas até agora, em que se dá uma activação de um processo inapropriado de acção, agora já não determinado por uma sobrecarga da atenção ou da memória de trabalho mas, inversamente, por uma subestimulação dos mecanismos atencionais ou, mesmo, por pura distractibilidade. Também nestes casos importa, porém, começar por procurar compreender as razões porque tal acontece para, a partir daí, aferir da verificação ou da falta dos pressupostos de que, de acordo com o que vimos dizendo, depende a possibilidade de atribuir ao agente o seu comportamento a título de negligência inconsciente.

¹¹⁰¹ Note-se, porém, que já não será o caso de a falha de atenção (devido a uma sobrecarga das capacidades atencionais) que está na base do comportamento inapropriado ser ela mesma cognoscível, através da consciência dos factores que a poderiam provocar. Se, por exemplo, um controlador de tráfego aéreo, ao mesmo tempo que está a desempenhar esta função decide simultaneamente realizar uma outra tarefa igualmente absorvente do ponto de vista dos recursos atencionais – por exemplo, estudar para um exame ou jogar um complicado jogo de computador – e, por isso mesmo, não nota que no quadro que tem de controlar se acendeu uma luz que indica a existência de dois aviões em rota de colisão, haverá negligência na medida em que ele teve consciência de um sinal objectivo de perigo (realizar simultaneamente duas tarefas muito exigentes do ponto de vista dos recursos atencionais) perante o qual a própria falha de atenção lhe era cognoscível. Esta hipótese remete-nos para a chamada negligência na aceitação ou assunção, em que o momento relevante para efeitos de aferição da verificação dos pressupostos da cognoscibilidade retroage ao momento em que iniciou a realização simultânea da segunda tarefa (estudar para o exame ou jogar computador), por ser possível identificar logo ali os sinais objectivos do perigo de verificação do facto típico.

ADDIE JOHNSON e ROBERT W. PROCTOR¹¹⁰² referem-se, a este propósito, especificamente àquelas situações, relativamente frequentes, em que as pessoas iniciam uma tarefa com intenção de fazer uma coisa mas acabam por fazer outra diferente da planeada. No seu exemplo¹¹⁰³, será o caso de alguém que abre um novo pacote de chá com intenção de o colocar na pequena caixa de metal para chá mas acaba por colocá-lo na própria chaleira. Segundo estes autores foi REASON, em 1979, quem primeiro analisou sistematicamente este tipo de erros, que designou por deslizos de acção (*slips of action*), sustentando que os mesmos se devem a que muitos dos nossos comportamentos são desempenhados mais ou menos automaticamente, sem mediação ou monitorização da consciência. Segundo REASON¹¹⁰⁴, nós desempenhamos estas acções na base de programas motores, que podem ser executados sem *feedback* ou monitorização consciente (com *open loop*), por contraposição com as acções que estão sob o controlo da consciência, que são desempenhas com *feedback* ou monitorização consciente (com *closed loop*). Referem ainda aqueles autores que REASON inventariou um largo número de deslizos de acção (em apenas duas semanas os 35 indivíduos que participaram na experiência cometeram mais de 400 deslizos de acção e categorizou-os de acordo com o tipo de erro de processamento de informação que foi cometido. Por exemplo, pôr creme da barba na escova de dentes foi classificado como uma *falha de discriminação*¹¹⁰⁵; já desembulhar um rebuçado

¹¹⁰² JOHNSON, PROCTOR (2004), 284-290.

¹¹⁰³ JOHNSON, PROCTOR (2004), 284.

¹¹⁰⁴ Citado por JOHNSON, PROCTOR (2004), 284-285.

¹¹⁰⁵ JOHNSON, PROCTOR (2004), 285. Este pode também ser o caso de uma situação ocorrida em 2010 no Hospital Garcia de Orta, em Almada, em que uma médica confundiu o frasco do medicamento que pretendia ministrar ao paciente (hidrato de cloral) com um outro frasco, muito semelhante ao primeiro e que estava guardado no mesmo sítio onde normalmente estavam guardados os frascos do referido medicamento, mas que continha um ácido (ácido tricloroacético), provocando, dessa forma, queimaduras no intestino da criança a quem o mesmo foi ministrado. Já a técnica que colocou o frasco contendo o referido ácido no lugar onde habitualmente estaria o frasco com o mencionado medicamento, alega ter incorrido num “erro de leitura”, ao ter lido “hidrato cloral” onde estava escrito “ácido tricloroacético”, erro que associa à existência da sílaba “clo” em ambas as expressões. Para diminuir este tipo de erros de leitura tem sido proposto por vários especialistas que os rótulos manuscritos deveriam ser eliminados, uma vez que são fonte frequente de erros. Veja-se em notícia publicada no

e atirar o rebuçado, em vez do papel, para o caixote do lixo, e pôr o papel na boca, seria um exemplo de um erro de junção de programas, no qual duas acções a desempenhar em certa sequência parecem ter sido trocadas. Já outros erros parecem dever-se a uma falha em testar ou monitorizar o progredir da acção. É, de acordo com os autores citados, o exemplo de ir para o quarto para vestir uma roupa mais quente para sair e acabar por vestir o pijama. Neste último tipo de erro, designado por “erro de teste”, passa-se que a acção é capturada pelo contexto e o presumivelmente mais forte programa de ir para a cama é activado. REASON verificou ainda que estes deslizos da acção¹¹⁰⁶ são mais frequentes no desempenho automático de acções rotineiras ou altamente especializadas.

Ainda de acordo com ADDIE JOHNSON e ROBERT W. PROCTOR¹¹⁰⁷ os trabalhos de REASON foram posteriormente desenvolvidos, em 1981, por NORMAN, que criou uma teoria acerca de como as intenções são representadas e actuadas. Enquanto REASON explicava os deslizos da acção como falhas em controlar os programas motores, NORMAN assenta a sua teoria na ideia de que as acções são baseadas em *esquemas* que incorporam o conhecimento processual necessário para desempenhar uma acção. Os esquemas de que fala NORMAN são, basicamente, procedimentos generalizados que incorporam os programas motores e as regras para escolher entre as diferentes versões desses programas. Para as acções serem correctamente desempenhadas, os esquemas certos têm de ser activados no tempo certo e com a informação adequada. O sistema de activação de um esquema por meio de um estímulo/disparo (*activation-trigger-schema* (ATS) *system*) de NORMAN assume que as acções são governadas por “esquemas-pais” que, uma vez activados, desencadeiam automaticamente um determinado número de “esquemas-filhos” que controlam as diferentes

jornal *Correio da Manhã* de 4 de Novembro de 2011, na versão on-line: www.correiodamanha.pt.

¹¹⁰⁶ De acordo com os autores citados estes deslizos de acção podem ser descritos como falhas de atenção, com os deslizos a acontecerem ou porque o plano de acção errado é mantido, ou porque a atenção é mudada para os elementos errados de um plano ou para outros aspectos do ambiente envolvente.

¹¹⁰⁷ JOHNSON, PROCTOR (2004), 286-288.

componentes da acção. Logo, segundo estes autores, a atenção só pode ser equacionada no que se refere à activação do “esquema-pai”, sendo necessária apenas quando escolhas críticas têm de ser feitas. Com um exemplo daqueles autores: a maior parte das pessoas tem um esquema para conduzir do trabalho para casa, pelo que desvios a esse esquema, como apanhar a roupa na lavandaria, requerem a activação de um subesquema separado que tem de ser feita no tempo certo. O condutor deve, por isso, tomar atenção suficiente ao esquema desviante se o quer activar a tempo. Se a activação para o esquema não for suficientemente alta, o mais conhecido esquema “conduzir para casa” vai prevalecer e a pessoa vai-se esquecer.

Verifica-se, assim, que, para este autor, o controlo da acção pode, nestes casos, ser descrito como a transição da atenção para a activação do esquema desviante. Quando um esquema já foi activado a atenção não é necessária para desempenhar a acção. Na verdade, pode dizer-se que a atenção é incapaz de controlar a acção por causa da escala de tempo envolvida. O controlo consciente deliberado exige mais tempo do que o que está disponível para a acção. Se existe informação suficiente no ambiente para desempenhar uma acção, os mecanismos atencionais são precisos para especificação do parâmetro. São estes mecanismos atencionais que dão lugar à consciência da acção e podem causar interferência com outras acções.

Finalmente, ADDIE JOHNSON e ROBERT W. PROCTOR¹¹⁰⁸ informam ainda que NORMAN e SCHALLICE, em 1986, vieram acrescentar que existem dois sistemas complementares que influenciam a activação daqueles esquemas de acção, que designaram, respectivamente, por sistema competição-activação (*contention-scheduling system*) e sistema de supervisão atencional (*supervisory attentional system* - SAS). O primeiro consiste no mecanismo básico de controlo da acção. Trata-se, segundo aqueles investigadores, de um processo mais ou menos passivo que emerge naturalmente como resultado da forma como os esquemas são aprendidos e executados. Um esquema é despoletado quando as

¹¹⁰⁸ JOHNSON, PROCTOR (2004), 288-289.

condições ambientais coincidem com as condições de *estímulo/disparo* incorporadas no esquema. A noção de *estímulo/disparo* fornece, ainda de acordo com os mesmos autores, uma explicação para os “erros de captura” descritos anteriormente: quando as intenções não são activamente mantidas, os esquemas podem ser activados simplesmente porque as condições de *estímulo/disparo* estão presentes no ambiente. Mecanismos *top-down* também desempenham aqui um papel importante na activação dos esquemas e no controlo da acção. Para NORMAN e SCHALLICE o controlo *top-down* da acção é desempenhado pelo SAS. Este opera modulando o sistema de competição-activação, o que é necessário quando uma versão menos familiar de uma sequência de acção deve ser desempenhada em vez de uma mais familiar. Quando não existe nenhum esquema para desempenhar a acção – como acontece no caso de tarefas novas ou complexas – o sistema competição-activação só por si é insuficiente para conduzir a acção. O controlo da acção procede sempre através do processo de competição-activação, com o SAS a intervir na selecção, inibindo esquemas e activando outros. Embora NORMAN e SCHALLICE vissem o SAS como um sistema de controlo, o seu *output* é chamado simplesmente “atenção”. Logo, a activação através do SAS consiste em alocar atenção em esquemas. Quando a activação atencional através do SAS é retirada, o valor de activação do esquema vai decair para o valor determinado por outros tipos de *input* activacional. Alheamento mental, como esquecer porque entrámos num quarto ou do que estamos à procura, pode ser visto como uma falha em manter o SAS em funcionamento. Sem o SAS a atenção é retirada dos objectivos ou acções e os esquemas relevantes sofrem de uma falta de activação. O SAS é ainda necessário para ultrapassar a relutância no desempenho de uma acção ou para ultrapassar um mau hábito.

O controlo da acção, tal como descrito por NORMAN e SCHALLICE, é análogo à distinção entre processo automático e controlado, que adoptámos atrás e com base no qual pudémos distinguir quando há ou não há controlo da

acção¹¹⁰⁹. Muitas acções ocorrem depressa demais para serem produto de deliberações conscientes, pelo que a atenção é necessária apenas para iniciar o processo ou para parar o processo automático. Por sua vez, tarefas que requerem planeamento, tomada de decisões, contém novas sequências, ou são difíceis ou perigosas, etc., já excedem todas elas o alcance do processo automático.

As investigações acabadas de descrever fornecem, desde logo, um contributo importante para analisar, do ponto de vista da negligência jurídico-penal, um significativo grupo de casos – embora não seja só a esse grupo que aquelas investigações se dirigem – que se caracteriza precisamente por devido a um défice de atenção – aqui devido a subestimulação ou distractibilidade, recorde-se, e já não a uma sobrecarga das capacidades atencionais do agente – nos estímulos relevantes para a realização do comportamento devido, acabar por ser desencadeada uma resposta inadequada. A este propósito não podemos deixar de notar uma semelhança estrutural importante entre, por um lado, o exemplo descrito e analisado naqueles estudos, da pessoa que se esquece de passar pela lavandaria a caminho de casa e, por outro lado, as hipóteses que a imprensa e outros meios de comunicação, tanto nacionais¹¹¹⁰ como estrangeiros¹¹¹¹, tem referido, de situações de crianças deixadas “por distração” dos pais no banco de trás de carros fechados e que morrem de hipertermia por consequência. Na maior parte destes casos o pai encontra-se numa situação de stresse causado por problemas laborais e, em vez de deixar o filho na creche, “esquece-se” dele dentro do carro junto ao local de trabalho.

REASON explica aquele primeiro tipo de casos dizendo, no essencial, que se trata de um deslize da acção que se deve ao facto de muitos dos nossos comportamentos serem desempenhados mais ou menos automaticamente, sem mediação ou monitorização da consciência, acrescentando depois que, neste tipo

¹¹⁰⁹ Cf., a este propósito, Parte II, Cap. I, 2.

¹¹¹⁰ Vejam-se a reportagem “Distração fatal” de o *Público* de 15 de Março de 2009, P2, 4-9.

¹¹¹¹ *The Washington Post*, “Va. Todler Dies After Father Leaves Him In SUV”, de 10 de julho de 2008; “Father Indicted in Toddler’s Death in Hot SUV”, de 23 de Julho de 2008; “Fatal Distraction” de 8 de Março de 2009.

de erros, a acção é “capturada” pelo contexto, e o presumivelmente mais forte programa é activado em vez da resposta adequada. NORMAN acrescenta, especificamente a propósito deste tipo de exemplo, que a maior parte das pessoas tem um esquema para conduzir do trabalho para casa ou vice-versa, pelo que desvios a esse esquema requerem a activação de um subesquema separado que tem de ser feita no tempo certo. Se a activação para o esquema alternativo não for suficientemente alta, o mais conhecido esquema “conduzir para casa” vai prevalecer. Finalmente, como vimos, NORMAN e SCHALLICE acrescentam que um esquema é despoletado quando as condições ambientais estão de acordo com as condições de estímulo/disparo incorporadas no esquema. A noção de estímulo/disparo fornece, ainda de acordo com os mesmos autores, uma explicação para os “erros de captura”: quando as intenções não são activamente mantidas, os esquemas podem ser activados simplesmente porque as condições de disparo estão presentes no ambiente.

No essencial o que se verifica é, pois, que há processos que são, por defeito, automaticamente desencadeados por circunstâncias do ambiente e que só podem ser combatidos, quando não forem os adequados, focando ou centrando a atenção – dito de outra forma, mantendo níveis atencionais altos – nos estímulos relevantes para a acção adequada (parar para ir buscar a roupa ou para deixar a criança no infantário)¹¹¹². Na verdade, não se trata aqui de um problema de falta de memória, no sentido vulgar do termo¹¹¹³, mas sim de uma hipótese em que o SAS, que deveria ter activado um esquema de acção desviante da actividade em curso, falhou num ambiente em que o esquema de acção relacionado com o trabalho vai prevalecer sobre o esquema de acção desviante, que seria adequado para evitar o resultado¹¹¹⁴.

¹¹¹² Nestes casos a atenção requerida deverá preferencialmente intervir antes da activação do processo automático, alocando a atenção necessária no processo adequado.

¹¹¹³ Como normalmente a questão é apresentada pela imprensa nos casos das crianças deixadas pelos pais no banco de trás do carro.

¹¹¹⁴ Muitas destas situações podem ser igualmente explicadas a partir de estudos realizados por uma equipa liderada por EDUARDO DIAS-FERREIRA, a que nos

Do ponto de vista da dogmática da negligência o que importará, então, é saber se a falha de atenção é controlável, por haver consciência dos factores que provocam essa falha (o stress relacionado com o trabalho e a sua distractibilidade nessas situações). Importa saber quando é que esse défice – essa falha – de atenção “nos elementos relevantes” pode levar à responsabilidade do agente. A resposta a esta questão, mais uma vez, depende, quanto a nós, essencialmente de saber se o agente teve ou não consciência de factores que o podiam levar a representar aquela falha de atenção. Explicando melhor com um exemplo: se o agente sabe que quando está preocupado com uma importante questão de trabalho se abstrai de tudo o resto, então ele tem conhecimento de factores – a preocupação com a questão do trabalho, a sua fácil distractibilidade nesse contexto¹¹¹⁵ e a omissão de medidas adequadas para combater o risco que daí poderia decorrer – a que podemos perfeitamente, de acordo com os conceitos com que estamos a trabalhar, chamar sinais objectivos de perigo para efeitos de afirmar a verificação dos pressupostos da cognoscibilidade e, conseqüentemente, da negligência. Assim, para haver negligência nestes casos não basta demonstrar que houve défice de atenção, designadamente devido a distractibilidade, é ainda necessário demonstrar que o agente tinha consciência dos factores que o podiam levar a prever isso mesmo¹¹¹⁶. Nesse sentido, tal como já a propósito de um outro exemplo referimos *supra*¹¹¹⁷, o momento relevante para efeitos de aferição da

voltaremos a referir mais à frente (cf. *infra* Parte II, Cap.III, 4.), onde se demonstrou que quando as pessoas estão em situação de stress crónico a área cerebral responsável pelas acções rotineiras cresce, ficando os neurónios nessa área com mais ligações, e, inversamente, a área da acção intencional diminui. Existem, pois, certas desordens emocionais que estão directamente relacionados com uma diminuição do controlo inibitório.

¹¹¹⁵ Note-se, no entanto, que a consciência dos diferentes factores não tem de ocorrer simultaneamente, podendo, designadamente, na altura da realização do facto típico, o agente ter apenas actualizado a consciência de que está especialmente preocupado, por exemplo, com a referida questão de trabalho, mas já não, naquela altura, que nesse contexto se torna numa pessoa particularmente desatenta a tudo o resto.

¹¹¹⁶ Confirmamos aqui, de alguma forma, as conclusões a que já tínhamos chegado aquando dos comentários à discussão entre ROXIN e HOYER acerca da questão de saber se a negligência tem ou não um tipo subjectivo (cf. *supra* Parte I, Cap. I, 4.).

¹¹¹⁷ Cf., *supra* nota 1101.

verificação dos pressupostos da cognoscibilidade é aquele em que o agente tem consciência de factores – a preocupação com a questão do trabalho, a sua fácil distractibilidade nesse contexto e a omissão de medidas adequadas para combater o risco que daí poderia decorrer – que constituem já sinais objectivos do perigo de verificação do facto típico.

Em suma: também nestes casos a investigação proveniente das diversas ciências cognitivas sobre a *atenção* contribui decisivamente para a distinção fundamental para o Direito Penal – e, especificamente, para o conceito jurídico-penal de negligência – entre comportamentos controláveis e não controláveis; fá-lo, essencialmente, ao fornecer critérios a partir dos quais será possível afirmar, com base científica, que um determinado comportamento, devido a uma falha não controlável do processo de atenção, deixa de ser merecedor da específica valoração jurídico-penal da negligência. Falamos em falha não controlável no sentido em que a mesma – bem como as suas consequências – não era, para o agente, cognoscível, uma vez que não teve consciência dos factores que a podiam desencadear ou, o que é o mesmo, dos sinais objectivos de perigo, o que lhe daria a possibilidade de prever a falha e as suas possíveis consequências. Dai que se possa também concluir que nem todos os processos automáticos ou “automatismos” devidos a falhas de atenção estejam excluídos da possibilidade de serem considerados acções negligentes; uns serão e outros não, dependendo de saber se a falha de atenção que os desencadeou era ou não cognoscível – isto é, se houve ou não consciência dos factores que podiam provocar a falha e, indirectamente, a possibilidade de impedir a activação do processo automático errado.

3. A memória

3.1. Espécies ou formas de memória

Memória e atenção são termos aparentemente simples para descrever o que, na realidade, constituem complexos conjuntos de funções mais ou menos interligadas do sistema de processamento de informação. Na verdade, muitos dos

resultados a que chegou a investigação sobre a atenção estão directa ou indirectamente relacionados com a memória, sendo muitas vezes difícil determinar se é esta ou aquela a responsável por determinado efeito¹¹¹⁸. Não obstante o que se acaba de dizer é, contudo, possível estabelecer algumas relações entre memória e consciência, quer directa, quer indirectamente através da influência da memória na atenção. Para percebermos melhor essas relações importa, porém, começar por procurar concretizar melhor em que consiste a memória e as diferentes formas que esta pode assumir¹¹¹⁹.

Segundo ADDIE JOHNSON, ROBERT W. PROCTOR e MARK NIEUWENSTEIN o termo “memória” descreve, em geral, vários tipos de representação de informação que são conservados em diferentes formatos e processados em diferentes lugares¹¹²⁰. Em sentido semelhante se pronuncia também CHRISTOF KOCH que, fazendo apelo a uma definição de memória apresentada por YADIN DUBAI, a define como “a retenção de representações internas dependentes da experiência por um determinado período de tempo”¹¹²¹. A partir deste conceito inicial, mais ou menos coincidente entre todos os autores, encontramos depois nos diferentes investigadores a distinção entre diversas formas de memória. A mais importante dessas distinções é a que opõe a denominada memória de curto prazo (*short-term memory*), também por vezes denominada memória de trabalho (*working memory*), dependente de actividade (*activity-dependent memory*) ou

¹¹¹⁸ Assim, designadamente, JOHNSON, PROCTOR, NIEUWENSTEIN (2004), 191 e ss. Cf., ainda, a título meramente exemplificativo do que se afirma, a crítica feita aos resultados de alguma investigação efectuada a propósito da teoria da carga perceptiva a que *supra* já nos referimos (cf. *supra* Parte II, Cap. III, 2.1.).

¹¹¹⁹ Com a advertência, porém, de que também nesta matéria não existe consenso na terminologia que é usada e nos conteúdos que depois são associados a cada um dos conceitos.

¹¹²⁰ JOHNSON, PROCTOR, NIEUWENSTEIN (2004), 225.

¹¹²¹ KOCH (2004), 188. DAMÁSIO (2010), 170, chama a este propósito a atenção para o facto de o cérebro não criar propriamente registos da estrutura de uma entidade, mas registar as “múltiplas consequências das interacções do organismo com a entidade”, pelo que “a memória de um objecto é a memória composta das actividades sensoriais e motoras relacionadas com a interacção entre o organismo e o objecto durante um certo período de tempo”.

imediate (*immediate memory*), à memória de longo prazo (*long-term memory*) ou estrutural (*structural memory*)¹¹²². Vejamos melhor esta distinção.

3.1.1. Memória de longo prazo

A memória de longo prazo, que se apresenta com uma capacidade praticamente ilimitada, consiste, em síntese, num sistema de armazenamento *de longo prazo* de informação relevante¹¹²³. Acerca do modo como esta memória de longo prazo se relaciona com a consciência referem ADDIE JOHNSON e ROBERT W. PROCTOR¹¹²⁴ que, para sermos capazes de interagir com o ambiente, necessitamos de identificar e interpretar a informação que nos rodeia, o que fazemos ligando as nossas percepções actuais dos diferentes objectos, ou pessoas com que somos confrontados às suas representações, tal como estão armazenadas na memória de longo prazo. É a correspondência entre a percepção actual dos objectos e a sua representação na memória de longo prazo que nos permite

¹¹²² Para evidenciar e tornar mais fácil compreender a diferença entre estas duas formas de memória KOCH (2004), 188-189, recorre a uma analogia particularmente sugestiva com a memória de um computador. Refere este autor que “também a memória de um computador é de dois tipos, designadamente RAM e ROM. Enquanto o conteúdo da memória RAM dura apenas enquanto o *chip* tem carga eléctrica, a ROM retém a informação durante anos, mesmo sem essa carga. Com as pessoas é semelhante. Se deixarmos uma pessoa sem sentidos por efeito de um golpe na cabeça ou de um anestésico, apagar-se-á o que na altura lhe ia na cabeça, mas isso, em geral, não interferirá com as suas memórias a longo prazo”.

¹¹²³ KOCH (2004), 189-196, que evidencia ainda que existem diversas formas de memória de longo prazo, ou, dito de outra forma, que esta é um conceito amplo onde se incluem diversos processos. Processos não associativos de memória (*nonassociative forms of memory*), como a adaptação, a habituação ou a sensibilização; processos associativos (*associative conditioning*), em que o organismo liga dois eventos simultâneos ou quase simultâneos, de forma que a presença de um faz prever a presença do outro; aprendizagem processual (*procedural learning*) ou memória processual (*procedural memory*), onde se contêm as instruções necessárias para certas actividades, como andar de bicicleta ou atar os sapatos; e, finalmente, a chamada memória declarativa que, por sua vez, se divide ainda em duas categorias: memória episódica e memória semântica. A primeira incorpora eventos autobiográficos (onde estou, quem sou, de onde venho, o que fiz ontem, qual o último filme que vi); a segunda armazena e lida com factos abstractos, relações, sentidos das palavras, e todas as outras coisas que constituem o material de que é feito o direito, a cultura, a ciência, a tecnologia, etc. Indivíduos com casos severos de amnésia não só não conseguem formar novas formas de memória declarativa como também perdem memórias anteriores.

¹¹²⁴ JOHNSON, PROCTOR, NIEUWENSTEIN (2004), 205-206.

reconhecê-los e usar a informação associada a esses objectos para, em conjugação com a memória de trabalho, orientar os nossos comportamentos¹¹²⁵, o que, projectando já as consequências desta conclusão para a questão que nos importa, demonstra a inegável importância da memória de longo prazo, quer para a tomada de consciência sensorial dos sinais objectivos de perigo, quer para os demais pressupostos da cognoscibilidade¹¹²⁶.

3.1.2. Memória de curto prazo/memória de trabalho

Quanto à memória de curto prazo (*short-term memory*) CHRISTOF KOCH faz coincidir o conceito com o de memória de trabalho¹¹²⁷, para concluir que ela consiste num termo genérico utilizado para referir o armazenamento, por curtos períodos de tempo, de informação relevante para a realização das múltiplas tarefas do dia a dia. Acrescenta ainda que as diferentes modalidades sensoriais têm a sua própria capacidade, limitada, de memória (de armazenamento) e de representação semântica a operar em paralelo e que são controladas por uma central executiva¹¹²⁸. Também ADDIE JOHNSON, ROBERT W. PROCTOR e MARK NIEUWENSTEIN referem, no mesmo sentido, que os dois termos – memória de

¹¹²⁵ No mesmo sentido, sem no entanto distinguir a memória de longo prazo da de curto prazo, DAMÁSIO (2010), 169, afirma que “a capacidade que temos para manobrar o mundo complexo depende desta possibilidade de aprender e de recordar (...). A nossa capacidade para imaginar eventuais acontecimentos também depende da aprendizagem e da recordação, e é o fundamento do raciocínio e da navegação imaginária do futuro e, de uma forma mais geral, da criação de soluções inovadoras para um problema”, e, mais à frente (174), acrescenta ainda no mesmo sentido que “reconhecer objectos e situações em nosso redor também necessitamos da recordação; tal como para pensar em objectos com ao quais tenhamos interagido e em acontecimentos que tenhamos presenciado, e ainda para todo o processo imaginativo com que planeamos o futuro”.

¹¹²⁶ Como já atrás dissemos (cf. *supra* Parte II, Cap. III, 2.1.2.) a memória de longo prazo desempenha um papel especialmente importante na manutenção da consciência-da-situação no caso de comportamentos de peritos ou especialistas em determinadas acções que recorrem mais vezes à memória de longo prazo do que à memória de curto prazo, uma vez que têm não apenas um conhecimento abstracto do que esperar, como um repositório de situações anteriores que podem condizer com a situação actual.

¹¹²⁷ HASSIN (2005), 199, esclarece que o conceito de memória de trabalho se desenvolveu, a partir de meados de 1970, a partir da literatura e da investigação sobre a memória de curto prazo, tornando-se, desde aí, um tópico fundamental de investigação da psicologia cognitiva. No mesmo sentido, KOCH (2004), 196.

¹¹²⁸ KOCH (2004), 196.

curto prazo e memória de trabalho – são frequentemente utilizados como sinónimos “para referir um sistema de memória que contém a informação relevante para a realização das actividades e objectivos em curso”¹¹²⁹, acrescentando que o termo *working* “implica que este tipo de memória (...) se refere a mais do que a um armazenamento passivo de informação”. Citando depois BADDELEY – que propôs um modelo de memória de trabalho composto por três componentes: um bloco de esboços visuais espaciais (*visual-spatial sketchpad*), responsável pelo armazenamento e manipulação das imagens visuais; um laço fonológico (*phonological loop*), chamado para armazenar e manipular a informação baseada no discurso; e uma central executiva, consistente num controlador atencional para todos os efeitos, que é chamado a supervisionar e coordenar o funcionamento das outras duas componentes – acrescentam ainda que aqueles conceitos podem também ser definidos como “a aliança de sistemas de memória temporários que jogam um papel crucial em muitas tarefas cognitivas como raciocinar, aprender ou compreender”^{1130 1131}.

¹¹²⁹ JOHNSON, PROCTOR, NIEUWENSTEIN (2004), 198. HASSIN (2005), 199, diferentemente, acentua que embora os dois conceitos tenham em comum o facto de consistirem em “mecanismos on-line que retém informação na memória por curtos períodos de tempo”, distinguem-se, porém, no facto de que, “ao contrário da memória a curto prazo, a memória de trabalho é composta por múltiplos componentes e faz mais do que um mero reter de informação: usando as suas funções executivas, atende selectivamente ao ambiente (...) manipula a informação retida na memória (...) e coordena o uso dessas representações no complexo processo cognitivo”. Consequentemente, acrescenta ainda o autor citado em último lugar que estas características da memória de trabalho tornam-na a “perfeita candidata” para fazer a ponte entre processos cognitivos mais simples (como memorizar) e outros mais complicados (como os que envolvem a compreensão), referindo, nesse sentido, numerosa investigação que relaciona a memória de trabalho com a capacidade de resolução de problemas, de fazer analogias, de compreender o que se está a ler, de raciocinar, de entender o fluido geral dos acontecimentos e, mesmo, de extroversão e da percepção da pessoa. Em suma, como conclui HASSIN (199), agora citando BADDELEY, “a memória de trabalho (...) permite (...) às pessoas compreender e representar mentalmente o ambiente que as rodeia, reter informação sobre a sua experiência num passado recente, suportar a aquisição de novos conhecimentos, resolver problemas e formular, relacionar e agir de acordo com os objectivos presentes”.

¹¹³⁰ JOHNSON, PROCTOR, NIEUWENSTEIN (2004), 198. Também HASSIN (2005), 199-200, acentua que esta caracterização funcional da memória de trabalho, segundo a qual esta não se limita a reter informação por um determinado período de tempo (a memorizar *per se*), mas está antes ao serviço de actividades cognitivas complexas como

3.1.3. Memória sensorial

Para além desta distinção entre memória de longo prazo e memória de curto prazo (ou memória de trabalho), ADDIE JOHNSON, ROBERT W. PROCTOR e MARK NIEUWENSTEIN referem ainda uma outra forma de memória, ainda mais breve que esta última; a memória sensorial (*sensory memory*), que, por sua vez, se divide ainda em memória efémera ou icónica (*fleeting ou iconic memory*) (que é uma forma de memória visual) e a memória ecoativa (*echoic memory*) (que é uma forma de memória auditiva)¹¹³². Também KOCH se refere à memória efémera ou icónica, para evidenciar que se trata de uma forma transitória, fugaz de armazenamento de informação visual, que dura menos de um segundo, e que,

o processamento da linguagem, o pensamento espaço-visual, o raciocínio, a resolução de problemas ou a tomada de decisões, é consensual entre investigadores da memória de trabalho. Já o mesmo não acontece, porém, no que se refere à definição da sua estrutura (aos elementos por que é composta). A este propósito, a par do modelo de BADELLEY, que é considerado o ponto de partida da moderna investigação da memória de trabalho e que já descrevemos com mais detalhe no texto, refere ainda HASSIN (2005), 200, um outro modelo, desenvolvido por COHEN e outros a partir de 1990, que é considerado o modelo biológico mais implementado de memória de trabalho. Neste último modelo a memória de trabalho é apresentada como um processo controlador envolvendo manutenção activa e aprendizagem rápida. Este modelo biológico é composto por um córtex pré-frontal especializado na manutenção activa da informação que é actualizada dinamicamente, permitindo que essa informação influencie o processo a decorrer; um hipocampo especializado na aprendizagem rápida de informação arbitrária; e um córtex posterior perceptual e motor que exhibe o conhecimento lento e de longo termo. De acordo com este modelo o controlo, como factor que influencia os processos cognitivos relevantes, resulta da interacção de diferentes sistemas da memória de trabalho.

¹¹³¹ Num outro texto JOHNSON, PROCTOR (2004), 324-325, convocam uma definição alternativa de memória de trabalho da autoria de ENGEL, KANE e TUBOLSKI, que a definem como a “capacidade de controlar e sustentar a atenção na presença de interferências ou distrações”, acrescentando mesmo o primeiro dos autores por último citados, que a capacidade de memória de trabalho e a atenção executiva são uma e a mesma coisa. A diferença entre esta forma de perspectivar a memória de trabalho e a anterior está, aparentemente, em que enquanto para os que seguem a formulação de BADELLEY a terceira componente da memória de trabalho é a central executiva, para ENGEL a memória de trabalho é simplesmente sinónimo de atenção executiva. A ser assim, são evidentes duas diferenças: por um lado BADELLEY e os seus seguidores incluem expressamente os “sistemas escravos” na definição de memória de trabalho e, por outro lado, para BADELLEY a função da central executiva não coincide com a da atenção executiva – quando muito, embora isso não seja claro, inclui-a, mas seguramente não se esgota nela.

¹¹³² JOHNSON, PROCTOR, NIEUWENSTEIN (2004), 193-198, onde se desenvolve a natureza e função destas formas de memória.

provavelmente, será necessária para a percepção visual. Para este autor a sua função consistirá precisamente em assegurar que mesmo imagens breves durem o suficiente para alcançar o substrato neuronal da consciência (NCC)¹¹³³. Há, efectivamente, inúmeras provas que apontam para a existência desta memória sensorial, em qualquer das suas modalidades (visual e auditiva), na qual é armazenada por breves instantes a informação gerada nas primeiras fases do sistema de processamento de informação. Trata-se, porém, de uma forma de memória que não se confunde com a memória de trabalho, uma vez que, como já vimos, esta, diferentemente daquela, é muito mais do que um mero armazenar passivo de informação apreendida pelos sentidos¹¹³⁴.

3.2. Relação entre a memória de trabalho e a consciência. Consequências ao nível dos elementos da cognoscibilidade.

RAN HASSIN¹¹³⁵ desenvolveu ainda o problema essencial, que a nós nos interessa especialmente, da natureza da relação entre esta memória de trabalho e a consciência. A este propósito começa por afirmar que há consenso entre os investigadores – quer da memória de trabalho, quer da consciência – no sentido de que os processos psicológicos subjacentes à memória de trabalho, à consciência e à atenção estão fortemente relacionados¹¹³⁶. A natureza dessa relação, porém, não é inteiramente clara¹¹³⁷. Vejamos, no entanto, o que tem sido

¹¹³³ KOCH (2004), 201-204.

¹¹³⁴ Assim, designadamente, JOHNSON, PROCTOR, NIEUWENSTEIN (2004), 198.

¹¹³⁵ HASSIN (2005), 202 e ss.

¹¹³⁶ No mesmo sentido, embora apenas a propósito da relação entre consciência e memória de trabalho GOODALE (2007), 625.

¹¹³⁷ HASSIN (2005), 202, refere expressamente a este propósito três posições distintas: a de KINTSCH e outros (1999) que propuseram o que pode designar-se pela hipótese do subconjunto, segundo a qual “um subconjunto de informação activamente mantida na memória de trabalho é também aquela de que a pessoa está consciente”; a de BAARS (1997) que vai mesmo mais longe, afirmando que “consciência está devidamente envolvida em todo o *input* e *output* da memória de trabalho, bem como nas operações voluntárias, tais como a resolução de problemas explícitos”; e, finalmente, uma perspectiva ainda mais forte acerca destas relações, que é a apresentada por BADELLEY (1993), que, como já vimos, defende mesmo que a “consciência é uma das funções da central executiva, enquanto componente da memória de trabalho”. Também JOHNSON, PROCTOR, NIEUWENSTEIN (2004), 225, se pronunciam no sentido de uma relação necessária entre os dois factores, afirmando que “a informação percebida é retida

dito e pode extrair-se da investigação disponível acerca da relação entre memória de trabalho e consciência e, em especial, em que medida é que aquela pode influenciar os elementos da cognoscibilidade.

A memória de trabalho pode, desde logo, influenciar o primeiro pressuposto da cognoscibilidade, uma vez que, como já dissemos antes¹¹³⁸, uma sobrecarga da memória de trabalho¹¹³⁹ pode conduzir à própria falta de consciência dos sinais objectivos de perigo. Com efeito, uma sobrecarga da memória de trabalho pode, como demonstra um estudo realizado em 1997 por GUGERTY¹¹⁴⁰, reduzir o objecto da atenção e, nessa medida, impedir o acesso à consciência dos estímulos

brevemente em armazéns sensoriais especificamente existentes para o efeito mas tem de posteriormente ser processada, ou consolidada, se quer alcançar a consciência” e tal faz-se, para estes autores, na memória de trabalho através da atenção, que nela está integrada, permitindo que a “percepção do estímulo” passe para o nível da consciência sensorial (205), acrescentando ainda que tal posição é perfeitamente conciliável com a defesa, que também fazem, da teoria da selecção posterior da atenção.

¹¹³⁸ Cf. *supra* Parte II, Cap. III, 2.1.2., 2.1.3.2, 2.2.

¹¹³⁹ Para uma síntese da investigação disponível acerca das formas de medir a capacidade da memória de trabalho, cf., por todos, HASSIN (2005), 200-201; e JOHNSON, PROCTOR (2004), 324-326.

¹¹⁴⁰ JOHNSON, PROCTOR (2004), 281 citam um estudo de GUGERTY sobre o papel da memória de trabalho na manutenção da consciência-da-situação, em que este autor estudou, através da utilização de um simulador, a relação entre aqueles dois factores no acto de conduzir. Para medir a consciência-da-situação GUGERTY introduziu de forma inesperada situações perigosas na tarefa de conduzir (por exemplo, um carro que surgia inesperadamente pelo lado do condutor) e mediu a capacidade de resposta das pessoas a essas situações. Porque a experiência foi feita em simulador, o número de acidentes foi utilizado como indicador da consciência-da-situação. A memória explícita (*explicit memory*), segundo JOHNSON, PROCTOR (2004), 292, refere-se à informação que a pessoa é capaz de explicita e conscientemente recordar e relatar da situação, também foi medida pedindo aos participantes que recriassem a situação de condução acabada de experimentar, colocando o número correcto de carros e nas posições em que estavam. Na sequência destas experiências aquele investigador concluiu que existe uma relação muito forte entre a memória explícita e o desempenho dos participantes, o que sugeria não apenas uma importancia elevada do papel da memória na manutenção da consciência-da-situação, mas também que a atenção é necessária para atender e relembrar a informação necessária, e que apenas a informação a que as pessoas tomavam atenção e estavam *aware* influenciava a consciência-da-situação. Assim, a este propósito, GUGERTY descobriu que quando, por exemplo, a memória de trabalho está sobrecarregada as pessoas apenas prestam atenção ao carro da frente. Para além deste estudo, aqueles autores (282) citam ainda um outro, de WICKENS e HOLLANDS, elaborado em 2000, onde se conclui, no mesmo sentido, que há uma ligação directa entre a memória de trabalho e a consciência-da-situação, de maneira que esta última piora quando a primeira está sobrecarregada.

(sinais de perigo) que fiquem excluídos de um objecto assim reduzido¹¹⁴¹. Mas, mais importante ainda, uma sobrecarga da memória de trabalho pode ainda impedir que a consciência se fixe no estímulo pelo tempo suficiente para permitir seleccionar os objectivos apropriados e realizar a resposta adequada¹¹⁴². Neste último caso, não será tanto a consciência sensorial do estímulo que se vê afectada (ou seja, o primeiro pressuposto da cognoscibilidade), mas a capacidade de formular distinções e juízos necessários à resposta adequada e, nesta medida, a

¹¹⁴¹ Também KOCH (2004), 197-198, refere que quanto mais a memória de trabalho está sobrecarregada, menos efectiva é a atenção na sua função de eliminar factores distractivos, como o demonstra o caso de conduzir e falar simultaneamente ao telemóvel – este autor remete, a este propósito (163, nota 24), para a existência de estudos que demonstram que as exigências atencionais implicadas na tarefa de participar numa conversa telefónica absorvente diminuem significativamente as hipóteses de detectar sinais de trânsito, e aumentam o tempo de reacção do condutor aos mesmos, não havendo, a este propósito, diferenças significativas consoante se esteja ou não a utilizar um sistema de mãos livres. Para além desta relação indirecta – porque através da atenção – entre memória de trabalho e consciência sensorial de um estímulo, KOCH (198-199) também discute a possibilidade da existência de uma relação directa entre os dois fenómenos. A este propósito começa por referir ser sua convicção que mesmo as pessoas que têm lesões cerebrais que impedem o adequado funcionamento da memória de trabalho têm consciência, o que sugere que aquela não será condição (um pré-requisito) da possibilidade desta. Reconhece, porém, que será difícil testar esta hipótese, uma vez que não será possível relatar essa experiência se a memória de trabalho não funciona. Ao mesmo tempo, contudo, reconhece que em pessoas com um cérebro normal e saudável os dois fenómenos andarão “lado a lado”.

¹¹⁴² Tal acontece porque a sobrecarga da memória de trabalho pode impedir a atenção (aqui já não no sentido de atenção perceptiva, mas enquanto elemento da própria memória de trabalho responsável pela sua supervisão e coordenação dos seus diversos componentes, de que fala BADDELEY) de se focar no objectivo e de escolher em consequência as respostas mais adequadas. A este propósito foi realizada por ANGELIKA DIMOKA uma experiência na área da economia, abrangendo economistas e cientistas informáticos, onde eram simulados “leilões combinatórios”, com a definição, para cada um dos participantes, do objectivo de comprar a melhor combinação de itens ao melhor preço. Durante a experiência foi medida a actividade cerebral dos participantes através de imagens por ressonância magnética funcional, tendo sido possível apurar que à medida que a carga da informação aumentava (neste caso o número de itens a ser considerado), aumentava igualmente a actividade no córtex pré-frontal dorsolateral, região responsável pela tomada de decisões e pelo controlo das emoções. Verificou-se, adicionalmente, que a partir de certa quantidade de informação essa actividade, de repente, diminuía, começando então os participantes não apenas a cometer erros e a fazer más escolhas, como, ao mesmo tempo, a ver aumentados os níveis de ansiedade e frustração (cf. SHARON BEGLEY, em artigo intitulado “I can’t think”, publicado na revista Newsweek de 27 de Fevereiro de 2011, disponível na versão *on line* em www.thedailybeast.com/newsweek).

memória de trabalho pode influenciar decisivamente os demais pressupostos da cognoscibilidade¹¹⁴³. De facto, a sobrecarga da memória de trabalho pode, nomeadamente, afectar a capacidade de distinguir a informação relevante da irrelevante, levando, por essa via, a erros de raciocínio que impedem ou dificultam a previsão da situação de perigo ou a escolha do meio para o evitar. Nesse sentido a consciência ou possibilidade de consciência da decisão de actuar num ou noutro sentido, ou a possibilidade de consciência do perigo abstracto e/ou concreto, bem como dos meios e da capacidade de o evitar, podem ser afectadas por uma sobrecarga da memória de trabalho¹¹⁴⁴.

RAN HASSIN evidencia, contudo, que muitos dos estudos efectuados apenas sugerem a existência de uma relação causal unidireccional, no sentido da memória de trabalho para a consciência; ou seja, que a memória de trabalho influencia a consciência¹¹⁴⁵. Falta, porém, segundo este autor, responder à questão inversa: é a consciência necessária à memória de trabalho, ou pode esta operar fora dela¹¹⁴⁶? Diferentemente da resposta sugerida por MELVYN GOODALE, que a propósito da consciência visual conclui que só a representação consciente do mundo pode entrar na memória de trabalho¹¹⁴⁷, RAN HASSIN demonstra que a consciência não é absolutamente necessária para aquela; ou seja, que as componentes cognitivas da memória de trabalho podem, em certas

¹¹⁴³ Como já tivemos oportunidade de referir (cf. *supra* nota 1130) há um consenso generalizado acerca das funções da memória de trabalho: manutenção activa de informação ordenada por períodos relativamente curtos de tempo; actualização da informação relevante no contexto; cálculo relevante para o objectivo, envolvendo representação activa; selecção rápida de conhecimentos e comportamentos relevantes para a tarefa ao serviço dos objectivos presentes; uma certa espécie de resistência a interferências (assim, HASSIN (2005), 202).

¹¹⁴⁴ Essa sobrecarga da memória de trabalho pode, por sua vez, como já vimos, ser determinada pelo factor atenção. Acerca da atenção, nomeadamente da capacidade de controlo do processo inibitório ou da capacidade de inibir informação e/ou respostas falámos já quando tratámos da memória de trabalho, para evidenciar que uma atenção selectiva ineficiente pode levar à intrusão de informação irrelevante na memória de trabalho, o que, por sua vez, pode conduzir a dificuldades de raciocínio e/ou à selecção de objectivos e comportamentos inadequados.

¹¹⁴⁵ HASSIN (2005), 202.

¹¹⁴⁶ HASSIN (2005), 203.

¹¹⁴⁷ GOODALE (2007), 625.

circunstâncias, operar fora da consciência. Com base em diversas investigações, este autor vem demonstrar que existe uma memória de trabalho implícita (*implicit working memory*)¹¹⁴⁸, que funciona à margem da consciência e que é responsável por uma série de processos que, embora ainda controlados, ao menos num determinado sentido, são processos não conscientes. A partir daqui argumenta, então, que existem dois tipos de processos “controlados” – os conscientes e os não conscientes – ou, dito de uma outra forma, que existem dois sentidos de “processo controlado” ou de “controle”, para concluir que o “controle não consciente” não é, ao contrário do que frequentemente se afirma, um oxímoro¹¹⁴⁹. Importa, porém, compreender melhor como é que este autor aqui chega e qual o significado desta afirmação. Depois de evidenciar que a perspectiva dominante acentua que os processos automáticos são “não intencionais, não conscientes, explosivos e sem esforço”, enquanto os processos controlados são “intencionais, conscientes, paráveis e trabalhosos, pelo que, de acordo com esta perspectiva, falar em controle não consciente parece uma “contradição nos termos ou uma impossibilidade (psico)lógica”, HASSIN procura demonstrar que a investigação mais recente tem evidenciado “não só que é logicamente possível falar em controle não consciente, mas, mais do que isso, que esse controle não consciente é mesmo uma realidade psicológica”¹¹⁵⁰. HASSIN entende que a chave para resolver esta aparente contradição está em compreender que os diversos investigadores têm utilizado os conceitos de “controle” e “processo controlado” em sentidos diferentes. Por um lado, utiliza-se a expressão “controle” para referir “processos cognitivos com um determinado tipo de função (por exemplo, planejar, trocar ou inibir respostas dominantes). Por outro lado, utilizamos a expressão *controle* num sentido relacional (como em processo controlado) para descrever processos que não são automáticos, i.e.,

¹¹⁴⁸ Esclarece, contudo, que com isso não deve entender-se que existem duas memórias operacionais, mas que a memória de trabalho pode, em certas circunstâncias funcionar de modo implícito. Sobre experiências que demonstram o operar da memória de trabalho fora da consciência HASSIN (2005), 203-215.

¹¹⁴⁹ HASSIN (2005), 214 e ss.

¹¹⁵⁰ HASSIN (2005), 215; no mesmo sentido cf., ainda, GLASER, KIHLMSTROM (2005), 171-190; também BARGH (2005), 37-54, referindo-se embora apenas ao controle do comportamento social, conclui no mesmo sentido.

processos que se caracterizam por ser conscientes, que exigem esforço, são paráveis e intencionais”¹¹⁵¹. Para explicar melhor o argumento o autor propõe depois que se considere uma definição “funcional” de controlo como consistindo na “manipulação não perceptual da atenção ou informação que permite ao organismo ultrapassar o habitual e ir para além do imediatamente disponível”¹¹⁵². Ora, no seu entendimento, se partirmos desta definição funcional de controlo não existe à partida nenhuma razão para crer que o processo controlado seja todo ele consciente. Já se partimos de uma definição relacional de controlo os processos controlados hão-de ser conscientes por definição e, nesse pressuposto, o conceito de controlo não consciente será seguramente uma contradição nos termos. O problema, como evidencia, está precisamente em que estas duas definições não se sobrepõem exactamente, no sentido de que existem processos que caberão numa definição funcional, mas não relacional, de controlo¹¹⁵³. Propõe, então, para ultrapassar o problema (das existências de duas noções de controlo não coincidentes), que quem esteja interessado no estudo do processo mental que ajuda a controlar o comportamento adopte uma noção funcional de controlo, para sugerir que se pretendermos relacionar processo controlado com consciência chegaremos a três tipos de situações: “(1) existem processos controlados que podem acontecer com ou sem consciência; (2) existem processos controlados que podem ser completados à margem da consciência mas serão acelerados, facilitados, ou de alguma outra forma afectados pela consciência e (3) existem processos controlados que não podem acontecer de forma não consciente”¹¹⁵⁴.

HASSIN demonstra, no fundo, que há uma série de acções (normalmente associadas a processos automáticos) que nós vamos “controlando” (corrigindo, adaptando aos nossos objectivos, etc.) inconscientemente. Quem vai a conduzir para casa vai, num determinado sentido, de forma não consciente “controlando”

¹¹⁵¹ HASSIN (2005), 215.

¹¹⁵² HASSIN (2005), 215

¹¹⁵³ HASSIN (2005), 216. A este propósito o autor dá o exemplo da prossecução de objectivos que, se, por um lado, uma definição funcional de controlo leva a caracterizá-los como processos controlados, por outro, os resultados da investigação das últimas décadas mostram que esses processos podem ser não conscientes.

¹¹⁵⁴ HASSIN (2005), 216-217.

o seu comportamento, ultrapassando os diversos obstáculos e adequando-o ao objectivo. Recordemos o exemplo de LIBET: o condutor que vê a criança a atravessar a estrada consegue travar antes de ter tido consciência de ter visto a criança ou, sequer, de ter tido consciência da sua decisão de travar. Não é, porém, esta a noção de controlo que nos interessa e na base da qual pode assentar a responsabilidade criminal¹¹⁵⁵. Desde logo porque, como já demonstrámos, não só é a consciência que permite controlar a acção (no sentido de poder vetá-la com base no conhecimento consciente da decisão de actuar num certo sentido), mas é também a consciência de algo que permite “controlar” o raciocínio (no sentido de poder prever o que decorre causalmente de uma dada realidade)¹¹⁵⁶. Não significa isto que não possa haver acção e previsibilidade sem consciência, como já referimos várias vezes, mas apenas que sem consciência não há, no sentido que importa à responsabilidade penal (baseada, como se sabe, também na noção de controlo “causal” por parte do agente da acção através do pensamento consciente) possibilidade de controlo dessa acção¹¹⁵⁷.

3.3. Factores que condicionam a memória de trabalho

Vimos até aqui que a memória de trabalho interfere com a consciência ou com a sua possibilidade (seja com a consciência sensorial dos estímulos e, nesse sentido, com o primeiro pressuposto da cognoscibilidade, seja com as possibilidades de consciência que constituem os demais pressupostos da cognoscibilidade). Importa, porém, evidenciar ainda que aquela é, por sua vez,

¹¹⁵⁵ Nestas situações, só pode haver responsabilidade criminal se houver consciência de factores que demonstram que vai entrar o “processo automático controlado” que pode levar à realização do facto típico. Nesse caso, tal como nas hipóteses em que se conhece o factor que leva ao défice da atenção, haverá consciência do sinal objectivo: o próprio factor que pode despoletar o processo automático. Temos a mais uma vez um caso que se enquadra nas hipóteses tradicionalmente designadas como de negligência na aceitação.

¹¹⁵⁶ Cf. *supra* Parte II, Cap. I, 1. e 2. e Parte II, Cap. II, 1.1.

¹¹⁵⁷ No mesmo sentido parece apontar KOSSLYN (LIBET (2004), XII) quando afirma que “LIBET tem razão quando se foca na consciência ao teorizar sobre o livre arbítrio”, uma vez que “para exercer livre arbítrio, nós temos de avaliar a informação na memória de trabalho. Informação que inclui as consequências de cada escolha [...]”, e concluindo precisamente que “se estamos a operar em «piloto automático» não estamos a exercer livre arbítrio.

também ela influenciada por diversos factores que condicionam o seu próprio funcionamento¹¹⁵⁸. Para além da atenção e dos factores que a influenciam – e que, portanto, indirectamente, influenciam também a memória de trabalho –, há ainda que considerar especialmente as emoções, que, de acordo com vários estudos, podem também interferir directamente na memória de trabalho¹¹⁵⁹. A este propósito JEREMY GRAY, ALEXANDRE SCHAEFER, TODD BRAVER e STEVEN MOST¹¹⁶⁰, sustentam, por exemplo, que experiências mais recentes feitas em situações de conflito ou dilema de controlo (*conflict or control dilemmas*)¹¹⁶¹ do tipo dos conflitos de aproximação-afastamento (*approach-withdrawal conflicts*), demonstram que estados relacionados com a aproximação (*approach-related states*) – como, por exemplo, a diversão, entusiasmo ou o desejo – favorecem o desempenho da memória de trabalho verbal (fonológica) ao mesmo tempo que diminuem a memória de trabalho espacial (visual), ao passo que estados relacionados com o afastamento (*withdrawal-related states*) – como, por exemplo, a ansiedade ou o medo –, têm o efeito inverso; ou seja, uma ansiedade moderada, por exemplo, tende a aumentar o desempenho da memória de trabalho numa tarefa espacial¹¹⁶².

¹¹⁵⁸ Se, por outro lado, for correcta a conclusão de GOODALE, a que nos referimos atrás, no sentido de que só acede à memória de trabalho o que for consciente, então todos os factores que afectam a consciência afectam simultaneamente a memória de trabalho

¹¹⁵⁹ Sobre a possibilidade de uma emoção em particular – a depressão – interferir com alguns processos da memória de longo prazo, cf. JOHNSON, PROCTOR (2004), 327-329.

¹¹⁶⁰ GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 67-86.

¹¹⁶¹ Segundo GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 69) “por um conflito ou dilema de controlo referimo-nos a uma situação que envolve *tradeoffs* inerentes no controlo do comportamento, situações que no extremo se sentem subjectivamente como “perdido se faz, perdido se não faz” (*damned if you do, damned if you don't*)”.

¹¹⁶² Para chegar a esta conclusão GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 72-73, pediram aos participantes numa experiência que vissem curtos vídeos (cómicos ou de terror, para induzir diferentes estados emocionais) e depois pediram-lhes que efectuassem uma tarefa de volta-a-três computadorizada da memória de trabalho consistente num jogo de vídeo no qual os participantes tinham de manter em mente uma lista de três itens. De poucos em poucos segundos era-lhes pedido que actualizassem a lista, adicionando um novo item e esquecendo o mais antigo e, simultaneamente, que pressionassem um botão para indicar se o antigo coincidia com o novo. Por razões metodológicas, foram ainda usadas versões verbais e não verbais desta tarefa. A análise dos resultados sugere que as diferenças de comportamentos se deveram aos estados de emoção induzidos. Quanto mais a pessoa ficava ligada emocionalmente aos filmes

4. Estados emocionais

De acordo com a investigação disponível também os estados emocionais¹¹⁶³ podem influenciar directa ou indirectamente os elementos da cognoscibilidade,

(como foi indicado por reportórios pessoais posteriores) mais forte era a experiência do estado emocional e mais forte o efeito na performance. Aqueles investigadores advertem ainda (85) que os diferentes estados emocionais e humores ou disposições (*moods*) dependem de diferenças individuais e variam na forma e na intensidade entre estados que vão desde situações mais ligeiras a situações extremas ou patológicas; de facto, como evidenciam, uma coisa é estar triste outra é estar fortemente deprimido.

¹¹⁶³ Importa, a este propósito, começar por sublinhar que existe uma enorme variação terminológica acerca do próprio significado das expressões emoções ou estados emocionais, e do modo como estas se distinguem ou não de outros estados afectivos. SCHERER (2005), 314-315, por exemplo, que tratou desenvolvidamente este tema, distingue, em função de características como a intensidade, duração, impacto comportamental, etc., sete diferentes tipos de estados afectivos (as *preferências*, que define como juízos de valor sobre estímulos, no sentido de gostar ou não gostar, ou preferir ou não preferir; as *emoções utilitárias*, que caracteriza como episódios relativamente breves de resposta sincronizada de todos ou quase todos os subsistemas do nosso organismo – que são cognição, suporte neurofisiológico, motivação, expressão motora e sentimento subjectivo – ante a avaliação de um acontecimento externo ou interno como tendo um significado importante para os objectivos ou necessidades pessoais – estarão nesse caso estados emocionais como a fúria, a tristeza, a alegria, o medo, a vergonha, o orgulho, a euforia ou o desespero –; as *emoções estéticas*, que define como avaliações de estímulos visuais ou auditivos em termos das suas qualidades intrínsecas ou relações entre os elementos – estarão nesse caso emoções como a surpresa, a sensação de estar maravilhado, a admiração, a harmonia, a sensação de êxtase, etc.; os *humores* ou as *disposições* (*moods*), que define como estados de afecto difusos, de baixa intensidade mas relativamente longa duração, que surgem frequentemente sem causa aparente – estão nesse caso estados como a irritabilidade, a apatia, a melancolia, etc.; as *posições interpessoais*, que caracteriza como uma posição afectiva relativamente a outra pessoa específica, estão nesse caso estados afectivos como a distância, a frieza, o apoio, a contemplação, etc.; as *atitudes*, que define como relativamente duradouras e afectivamente comprometidas crenças e disposições face a objectos ou pessoas – estão nesse caso estados afectivos como detestar, amar, desejar, etc.; e, finalmente, os *traços de personalidade*, que define como disposições pessoais e tendência de comportamento estáveis, típicas de certa pessoa, tais como o nervosismo, a ansiedade, o descuido, a morosidade, a hostilidade, a inveja, o ciúme, etc. Especificamente sobre as emoções utilitárias, elas são definidas por aquele autor (2005), 314, como “um episódio de recrutamento massivo e sincronizado de recursos mentais e físicos para se ‘adaptar a’ ou ‘condizer com’ um estímulo que é subjectivamente avaliado como sendo altamente pertinente para as necessidades, objectivos e valores do indivíduo”. Neste mesmo texto (314-329) o autor desenvolve ainda os três principais processos directamente determinados pela natureza reactiva da emoção que normalmente acontecem durante um episódio emocional – (1) a detecção e avaliação do significado individual do estímulo; (2) a preparação de tendências de resposta e (3) a integração da informação avaliada resultando em estados de sentimento subjectivos,

designadamente através da influência que exercem ou podem exercer sobre factores como a atenção ou a memória^{1164 1165}. Com efeito, as emoções podem

concluindo que uma grande parte desses processos funciona de modo não consciente e que só alguns deles ou os seus resultados são conscientes. Sobre esta última questão – o processo conducente à própria emoção e a sua natureza consciente ou não consciente – e para além do texto citado em último lugar, cf., ainda, BARRETT, NIEDENTHAL, WINKIELMAN (2005), Parte V, 287-408. Também DAMÁSIO (2010), 142-145, distingue *emoções* de *sentimentos*, afirmando que são “processos distinguíveis”. Assim, para este autor, “as emoções são programas complexos, em grande medida autonomizados, de *acções* [...]. As acções são completadas por um programa *cognitivo* que inclui certos conceitos e modos de cognição [...]”; o mundo das emoções é, como afirma logo a seguir, “um mundo de acções levadas a cabo no nosso corpo, desde as expressões faciais e posições do corpo até às mudanças nas vísceras e meio interno” que ocorrem com a percepção e avaliação de um estímulo potencialmente causador da emoção. Os sentimentos, por sua vez, acrescenta DAMÁSIO, são sobretudo “*percepções* compostas daquilo que acontece no corpo e na mente quando sentimos emoções”. Conclui, pois, que “enquanto as emoções são acções acompanhadas por ideias e modos de pensar, os sentimentos emocionais são sobretudo percepções daquilo que o nosso corpo faz durante a emoção, a par das percepções do estado da nossa mente durante o mesmo período de tempo”. A propósito da classificação das emoções DAMÁSIO começa por afirmar que “os critérios usados para as classificações tradicionais são falíveis, e qualquer lista poderá ser criticada por não incluir algumas emoções e por exagerar na inclusão de outras” (158). Não obstante, começa por classificar algumas emoções como *universais*, no sentido de estarem garantidamente presentes em muitas culturas e serem facilmente identificáveis, como o receio, a fúria, a tristeza, a felicidade, o nojo ou a surpresa (158). Além das emoções universais distingue depois ainda de dois outros grupos de emoções; as *emoções de fundo*, como o entusiasmo e o desencorajamento, que podem ser activadas por uma série de circunstâncias factuais da vida do indivíduo, mas também podem surgir devido a estados internos como a doença e a fadiga (161), e as *emoções sociais*, assim chamadas dado o seu inequívoco enquadramento social, como é o caso da compaixão, do embaraço, da vergonha, da culpa, do desprezo, do ciúme, da inveja, do orgulho e da admiração (161).

¹¹⁶⁴ A abordagem que fazemos das emoções neste capítulo tem duas limitações fundamentais, uma relativa ao objecto e outra metodológica. Por um lado, só tratamos dos estados emocionais enquanto podem influenciar os pressupostos da cognoscibilidade, por força do seu efeito sobre a memória ou a atenção. Por outro lado, de harmonia com as opções gerais deste estudo quanto à utilização do contributo da psicologia cognitiva e da neurociência para o estudo da negligência, não discutiremos aqui outras abordagens alternativas da teoria das emoções que nos parece não porem em causa o que se diz no texto. Sobre as grandes linhas da tradição filosófica sobre as emoções na sua relação com o Direito Penal, veja-se FERNANDA PALMA (2005), 184 e ss.

¹¹⁶⁵ Nesse sentido, cf., designadamente, PHELPS (2005-1), 58-63, e, da mesma autora (2005-2), 70-73, onde se conclui que as emoções, através da amígdala, influenciam a cognição, designadamente fazendo com que estímulos com significado emocional recebam prioridade no processamento cognitivo (atenção) e no acesso à consciência. Também GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 67, evidenciam precisamente que

influenciar quer o pensamento ou o raciocínio, quer o comportamento, designadamente através da influência que exercem sobre as partes cognitivas do sistema que controla um e outro¹¹⁶⁶. Num recente estudo sobre este tema, JEREMY GRAY, ALEXANDER SCHAEFER, TODD S. BRAVER e STEVEN B. MOST¹¹⁶⁷ construíram uma teoria que procura fornecer uma estrutura unitária de análise dos efeitos das emoções¹¹⁶⁸ e fenómenos relacionados na cognição¹¹⁶⁹.

Partindo da constatação de que as pessoas são sistemas de controlo complexos¹¹⁷⁰, cuja função geral é a auto-regulação, estes autores procuraram

“os efeitos das emoções na cognição são claramente importantes, embora ainda não totalmente compreendidos, não obstante a prova inequívoca de um número de fenómenos, incluindo efeitos na memória, na atenção e na tomada de decisões”. No mesmo sentido, DAMÁSIO (2010), 145-148, que ao analisar os efeitos de um estímulo encaixar numa dada emoção, neste caso o medo, refere que “o processamento de imagens no córtex cerebral é afectado pela emoção em curso. Por exemplo, recursos cognitivos como a atenção e a memória de trabalho são ajustados em consonância”. A nós interessa-nos sobretudo a investigação sobre os efeitos das emoções na memória e na atenção, enquanto factores que influenciam, a montante, os pressupostos da cognoscibilidade, e não tanto os seus efeitos, a jusante, sobre a tomada de decisão propriamente dita.

¹¹⁶⁶ Emoção e cognição são duas partes de um sistema unitário, em que é extremamente difícil delimitar através de uma linha rígida onde começa uma e onde acaba outra. Como referem GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 70, “num sistema integrado, a certa altura, a distinção entre controlo por emoção e controlo por cognição quebra-se e há apenas controlo (...). Quer as forças cognitivas quer as forças afectivas estão a trabalhar em simultâneo exercendo controlo sobre o comportamento, sendo impossível desenhar uma linha rígida demarcando onde um começa e o outro acaba. Juntamente eles controlam o comportamento”.

¹¹⁶⁷ GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 67-86.

¹¹⁶⁸ O conceito de emoção de que partem estes autores parece estar na mesma linha do utilizado por SCHERER e a que *supra* já fizemos referência. Quer quando consideram as emoções como um “conjunto complexo de eventos interligados relacionados com um objecto específico acompanhado por um sentimento subjectivo acessível à consciência” quer quando concluem que “nem tudo o que é afectivo se qualifica como emoção, como é por exemplo o caso das preferências e estímulos com significado motivacional” (GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 68).

¹¹⁶⁹ Como, porém, alertam aqueles autores no final do texto (2005), 85-86, embora advoguem ao longo do mesmo uma perspectiva geral de que os estados afectivos interferem na resolução de dilemas de conflito, há que fazer distinções quer entre diferentes estados afectivos (emoções, disposições, estímulos, etc.), quer entre diferentes intensidades de cada um deles (que vão desde situações mais ligeiras até situações patológicas) quer, finalmente, entre os indivíduos.

¹¹⁷⁰ Conceptualizam, assim, as pessoas como sistemas de controlo extremamente complexos e ao mesmo tempo flexíveis. O ser capaz de fazer mais do que uma coisa

identificar a influência das emoções na cognição em situações que designam por “dilemas de controlo” ou “conflitos de controlo”, que caracterizam como “todas as situações de conflito que decorrem da necessidade de otimizar objectivos ou constrangimentos competitivos e que, no limite, são subjectivamente sentidos como ‘perdido se faz, perdido se não faz’ (*damned if you do, damned if you don’t*)”¹¹⁷¹. A função geral das emoções, segundo os mesmos, será ajudar a resolver esses dilemas de controlo¹¹⁷². De entre os dilemas de controlo estudados por aqueles autores alguns há que se relacionam com o processamento de informação e, portanto, com os elementos da cognoscibilidade.

Um primeiro dilema de controlo analisado e que é, segundo os mesmos, consciente ou, pelo menos, acessível à consciência, e que envolve o controlo cognitivo, é o conflito aproximação-afastamento. Sendo impossível que simultaneamente nos aproximemos e afastemos de uma mesma coisa, já é possível que estejamos fortemente motivados a fazer ambas as coisas em termos de se criar um estado de profundo conflito. Emoções importantes neste conflito são, por exemplo, o entusiasmo ou o desejo (motivações de aproximação), ou o medo e a ansiedade (motivações de afastamento). Uma vez que estas emoções são finalisticamente dirigidas é de esperar, segundo afirmam, “que possam

permite ter mais do que uma opção viável, mas, simultaneamente, gera uma situação de conflito acerca da melhor opção. Assim, GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 69.

¹¹⁷¹ Estes autores (2005), 69, sublinham ainda que apenas alguns destes dilemas envolvem um verdadeiro controlo cognitivo; ou seja, “envolvem a regulação do pensamento, sentimento e comportamento através da activa manutenção de representações internas da informação contextual, como o objectivo a alcançar ou outras informações que, quando mantidas activamente pelo cérebro, alteram o modo como outras informações são processadas”. O controlo cognitivo é, neste sentido, um processo deliberado e que exige esforço; a este propósito estes autores dão o exemplo de tentar lembrar um numero de telefone novo o tempo suficiente para o marcar. A este controlo cognitivo contrapõem estes autores o controlo automático, que caracterizam precisamente como automático e sem esforço; será, no seu exemplo, o caso de fazer algo que se faz repetidamente como marcar um número de telefone que se marca todos os dias (69-70). Neste caso o “comportamento ainda é controlado por ligações associadas entre marcar um dígito e o outro só que não é controlado em cada passo por representações activamente mantidas”. Em suma: para estes autores o controlo cognitivo do pensamento, sentimento e comportamento distingue-se do controlo automático do pensamento, sentimento e comportamento na medida em o primeiro envolve a manutenção activa de representações internas.

¹¹⁷² GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 70.

influenciar os mecanismos cognitivos e neuronais que suportam o controlo da acção e o comportamento dirigido a objectivos, incluindo o controlo cognitivo [...]”¹¹⁷³. A ideia central que estes autores desenvolveram e demonstraram experimentalmente foi a de que determinados estados emocionais podem determinar uma prioridade de algumas funções cognitivas em relação a outras. Nas suas próprias palavras, mais uma vez, “as emoções ajudam a comprometer a totalidade do sistema com um particular e coerente modo de operação”¹¹⁷⁴. Parte da prova desta afirmação, que a nós nos interessa particularmente, é dada pela demonstração dos efeitos selectivos da emoção na cognição, designadamente na realização de tarefas que envolvem o funcionamento da memória de trabalho ou do raciocínio. Assim, na sequência de um primeiro grupo de experiências que realizaram¹¹⁷⁵, concluíram que estados emocionais relacionados com aproximação melhoravam o desempenho da memória de trabalho verbal, mas pioravam o desempenho da memória de trabalho espacial¹¹⁷⁶. Diferentemente, estados relacionados com afastamento tiveram o efeito oposto, ou seja, estados de ansiedade moderada melhoravam o desempenho da memória de trabalho espacial^{1177 1178}.

¹¹⁷³ GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 72.

¹¹⁷⁴ GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 72.

¹¹⁷⁵ GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 72-73.

¹¹⁷⁶ Sobre as possíveis razões para este fenómeno, cf. GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 74-76.

¹¹⁷⁷ As experiências realizadas mostram ainda que a actividade cerebral relacionada com a tarefa foi modelada pelas emoções induzidas, bem como que a magnitude do efeito da emoção na actividade do cérebro permitia prever a magnitude do efeito no desempenho da tarefa, descoberta que é consistente com o papel causal das áreas do cérebro em causa (córtex lateral pré-frontal) no comportamento (GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 76).

¹¹⁷⁸ Uma vez que, como GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005) demonstraram (*supra* nota 1110), quanto mais intenso for o estado emocional mais forte será o seu efeito na performance, parece-nos que, aqui, haverá então que distinguir as situações de ansiedade moderada das de medo extremo. Quanto ao medo ou receio associam-se normalmente duas respostas possíveis, a fuga da fonte de perigo ou, uma total imobilização, que “induz automaticamente quietude, respiração artificial e uma redução do ritmo cardíaco” (DAMÁSIO (2010), 147). Sobre as respostas possíveis diante do medo, designadamente o exame minucioso (*scanning*) e a imobilização, veja-se, também, PANKSEPP (1998), 206-207. DAMÁSIO acrescenta ainda que o mecanismo envolvido no medo “é tão complexo que uma outra estrutura, o cerebelo, se vai esforçar

Um segundo dilema de controlo que, segundo estes autores, é influenciado pelas emoções surge entre o processamento automático e o processamento controlado, através da influência que as emoções exercem sobre o chamado controlo inibitório, entendido aqui como a “capacidade cognitiva responsável por deliberadamente suprimir pensamentos ou respostas motoras automáticas dominantes, substituindo-as por respostas mais adequadas aos objectivos do indivíduo”¹¹⁷⁹. Esta capacidade de inibir um procedimento automático para pôr em funcionamento um procedimento controlado constitui mesmo um aspecto central do controlo executivo que está envolvido em inúmeras tarefas do dia-a-dia. Com efeito, o controlo inibitório é activado quando é necessário inibir a resposta automática que é incongruente com o objectivo individual e substituí-la (dando-lhe prioridade) pela resposta congruente com esse objectivo¹¹⁸⁰. De entre os estudos empíricos que têm sido feitos nesta matéria, os mais importantes para o entendimento das interacções entre emoções e controlo inibitório são os que têm procurado estudar o desempenho de pacientes com desordens emocionais em

por atenuar a expressão de receio”. Daí que, consoante a pessoa, varia a reacção face ao medo, como afirma DAMÁSIO (2010), 147-148, “alguém treinado em unidades militares terá uma reacção face ao medo bem diferente da de quem tenha crescido como um flor de estufa”. Por último, acrescenta DAMÁSIO a emoção medo poderá afectar “recursos cognitivos como a atenção e a memória de trabalho” (DAMÁSIO (2010), 148). O mesmo se poderá passar numa situação de stresse agudo, uma vez que, fisiologicamente, os processos desencadeados são do mesmo tipo dos que ocorrem perante uma situação de ameaça à sobrevivência (assim ERNO HERMANS), nomeadamente as emoções como o medo (assim JOÃO BESSA, em artigo publicado no jornal *Expresso*, de 30 de Dezembro de 2011, na versão on line: www.aeiou.expresso.pt). Também nestes casos a diferente susceptibilidade do indivíduo ao stresse afecta as funções cognitivas, nomeadamente pode provocar desde uma falha da atenção, ou uma atenção apenas direccionada aos estímulos externos de forma a dar respostas imediatas, a falhas na concentração e memória até à total imobilidade ou ausência de resposta (assim, designadamente, as conclusões de um estudo sobre os efeitos do stresse no cérebro publicado na revista *Science*, cujo o autor principal é ERNO HERMANS (2011).

¹¹⁷⁹ GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 77.

¹¹⁸⁰ Aqueles autores evidenciam ainda (77-78) que a incongruência entre o pensamento ou a resposta automática e os objectivos correntes do indivíduo é também ela uma “forte causa potencial de emoções”, pelo que “o processo inibitório é provavelmente activado em conjunto com uma activação emocional [...] assim aumentando a necessidade de compreender as suas possíveis interacções”.

tarefas de controlo emocional¹¹⁸¹. Estes estudos demonstram de forma consistente que, em geral, existem diversas desordens emocionais que estão directamente relacionadas com uma diminuição do controlo inibitório. Nesse sentido concluiu-se, ainda muito recentemente, num estudo desenvolvido por uma equipa portuguesa liderada por EDUARDO DIAS-FERREIRA, já referido, que quando as pessoas estão em situação de stresse crónico¹¹⁸² a área cerebral responsável pelas acções rotineiras cresce, ficando os neurónios nessa área com mais ligações e, inversamente, a área da acção intencional diminui¹¹⁸³. Por outro lado, a investigação realizada forneceu também já prova consistente da existência de um enfraquecimento ou diminuição da capacidade inibitória em doentes deprimidos¹¹⁸⁴, em doentes com doença bipolar quando se encontram na sua fase depressiva¹¹⁸⁵ ou em doentes com distúrbios obsessivo-compulsivos (*obsessive-*

¹¹⁸¹ Os autores que temos vindo a citar referem ainda (78-80) como principais fontes de contribuições empíricas para o entendimento das relações entre emoções e controlo inibitório, quer alguns estudos que têm tentado aceder à inibição de conteúdos emocionais, principalmente usando a chamada tarefa *Stroop* emocional, quer duas investigações sobre o modo como as manipulações afectivas influenciavam o desempenho em tarefas de controlo cognitivo que exigem a inibição. Estes estudos, porém, não têm para nós a mesma importância do que os que referimos no texto, ou porque não são conclusivos ou porque são mesmo contraditórios nas suas conclusões.

¹¹⁸² No sentido de exposição continuada e prolongada a uma situação de stresse. Já o stresse agudo (por exemplo, devido a um evento importante que terá lugar no dia seguinte) pode ou não provocar o mesmo efeito, dependendo de pessoa para pessoa (nesse sentido RUI COSTA, co-autor do referido artigo e coordenador do departamento de neurobiologia da acção da Fundação Champalimaud, em artigo publicado no jornal *Público*, de 31 de Julho de 2009, na versão on line: www.publico.pt).

¹¹⁸³ DIAS-FERREIRA, *et al.* (2009), igualmente disponível em www.sciencemag.org/content/325/5940/621, onde se especificam as áreas em questão. Segundo este estudo, nestas situações verifica-se uma atrofia das dendrites dos neurónios e, em consequência, uma baixa da conectividade neuronal na zona do córtex pré-frontal medial e estriado dorsomedial (zona responsável pelas acções intencionais isto é orientadas por objectivos), e uma hipertrofia das dendrites do estriado dosolateral e, consequentemente, um melhoramento do circuito neuronal (área implicada nas acções rotineiras). Esta situação, de acordo com aquele estudo, prolonga-se para além do período de stresse, podendo, por outro lado, ser interpretada como uma reacção de defesa do cérebro – que, assim, poupa energia ao optar pela reacção rotineira – perante uma agressão continuada.

¹¹⁸⁴ GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 78, que citam, nesse sentido, estudos de LEMELIN e outros, de 1996 e 1997.

¹¹⁸⁵ GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 78-79, que citam, nesse sentido, estudos de ALI e outros de 2000, e de JONES e outros de 1994.

compulsive disorder – OCD)¹¹⁸⁶. Outros estudos revelaram ainda que os tempos de reacção em pacientes deprimidos eram mais lentos quando tentavam inibir uma resposta numa tarefa *go/no go*, que requeria sustar a resposta¹¹⁸⁷. Sobre as razões pelas quais se dão ou quais os processos responsáveis por estes resultados, esclarecem os autores que temos vindo a seguir que as conclusões ainda não são claras, sendo uma das explicações possíveis a de que “os estados depressivos ou ansiosos estão associados a maior ruminação (pensamentos negativos repetitivos) que provocam uma sobrecarga da memória de trabalho que, por sua, esgota os recursos atencionais”¹¹⁸⁸.

Um último dilema de controlo que pode ser influenciado, ainda que muitas vezes de forma não consciente, por estados emocionais, é a atenção selectiva, a que já nos referimos longamente¹¹⁸⁹. Ela tem, como já vimos, múltiplos componentes, alguns que são controlados e outros que são automáticos, pelo que “é potencialmente um importante paradigma para poder examinar as relações entre emoção, controlo e consciência”¹¹⁹⁰. Argumentos relacionados com a teoria da evolução têm, desde logo, sublinhado uma tendência natural para atendermos à informação emocional. Assim, por exemplo, vários estudos já realizados demonstram que os estímulos potencialmente ameaçadores tendem a captar a

¹¹⁸⁶ GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 79, onde se citam vários estudos de vários autores.

¹¹⁸⁷ GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 79 onde se citam estudos de MURPHY e outros de 1999. Outros ainda mostraram que também os indivíduos com traços fortes de ansiedade (altamente ansiosos) estavam diminuídos na sua capacidade de inibir o significado inadequado de um homógrafo. Finalmente, outros dois estudos citados mostram ainda que, por um lado, as mulheres com PTSD, estavam diminuídas no seu desempenho na tarefa *Stroop* de cor e na tarefa de mudar de um conjunto para outro, e, por outro lado, os doentes maníacos cometiam mais erros que os doentes deprimidos na tarefa *go-no go*.

¹¹⁸⁸ GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 79, onde se cita um estudo de WATKINS e BROWN, de 2002.

¹¹⁸⁹ Especificamente sobre os distúrbios da atenção relacionados com situações de doença ou lesões cerebrais cf., ainda, *supra* nota 1069.

¹¹⁹⁰ GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 81. Como já vimos desenvolvidamente quando procurámos responder à questão de saber se as pessoas podem controlar o objecto da sua atenção, a atenção selectiva não opera sempre sob o controlo consciente do sujeito, sendo muitas vezes „capturada“ sem que a pessoa a isso se possa opor. Sobre esta temática, *supra* Parte II. III. 2.1.1.

nossa atenção muito mais rapidamente do que estímulos não ameaçadores¹¹⁹¹. Com efeito, dado que as pessoas estão, à partida, predispostas para atender aos estímulos emocionais, como demonstram inequivocamente os estudos já realizados com estímulos ameaçadores, é razoável supor que as emoções ou os estados emocionais, em geral, podem influenciar a resolução do conflito subjacente ao mecanismo da atenção selectiva¹¹⁹².

Esta conclusão é, aliás, como também referem aqueles autores¹¹⁹³, fortemente sugerida pela investigação disponível a propósito de alguns distúrbios emocionais. Alguns estudos demonstram, por exemplo, que indivíduos clinicamente ansiosos serão mais rápidos do que indivíduos saudáveis ou do que indivíduos clinicamente deprimidos a responder à tarefa de encontrar um ponto numa imagem, quando esse ponto apareça num local onde antes tinham estado estímulos ameaçadores, do que quando o ponto apareça num sítio onde antes estavam estímulos neutrais. Também no caso de pessoas que sofriam de PTSD ou com fobias e ansiedades particulares, os estudos demonstram que têm maior dificuldade em ignorar a informação relacionada com a sua particular perturbação¹¹⁹⁴.

¹¹⁹¹ Cf., nesse sentido, GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 82, que referem, vários estudos onde se concluiu, por exemplo, que é mais fácil notar um cara zangado no meio de muitas caras felizes do que o contrário. Mais, demonstrou-se ainda, com bastante interesse, que nesta matéria seriam também especialmente importantes as idiossincrasias (as fobias, por exemplo) próprias de cada pessoa; assim, numa experiência relatada por aqueles autores, em que aos participantes era pedido que identificassem estímulos ameaçadores (cobras e aranhas), verificou-se não apenas que as pessoas eram mais rápidas a identificar cobras e aranhas no meio de cogumelos e flores do que o contrário, mas, ainda, que isso era particularmente evidente quando o alvo a procurar (uma cobra ou uma aranha) correspondia precisamente a uma fobia do participante.

¹¹⁹² Importa, a este propósito, referir que a interferência das emoções na atenção selectiva, pode, também, ocorrer em estados de fúria e agressividade (muitas vezes motivada pela frustração (PANKSEPP (1998), 191)) elevados. Tais estados, ao diminuírem a dopamina que vem da área ventral e do hipotálamo para o córtex pré-frontal, área responsável pela investigação e pesquisa (PANKSEPP (1998), 144-146), podem, em última instância, inibir a atenção (nesse sentido PANKSEPP (2000), 144 ss.

¹¹⁹³ GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 82-83.

¹¹⁹⁴ Cf. GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 82-83, onde se descrevem, com mais detalhe, estas experiências.

Finalmente, para além destes três dilemas de controlo, onde a investigação disponível já permite avançar com conclusões relativamente seguras no sentido de que as emoções interferem no modo como são resolvidos, aqueles autores referem ainda que a sua proposta (de que as emoções interferem na resolução dos dilemas de controlo) tem um alcance mais geral. Nesse sentido, referem-se a outros *trade-offs* em relação aos quais também tem sido sugerido, embora sem prova ainda tão consistente, que são influenciados pelas emoções e afectos. É, por exemplo, o caso da ideia, em que converge alguma literatura, de que humores ou disposições (*moods*) negativos promovem um processamento mais sistemático, enquanto disposições positivas tendem a promover um processamento heurístico¹¹⁹⁵. Aqui, o conflito coloca-se entre o “colocar em funcionamento mecanismos cognitivos de controlo (processamento analítico) ou não (processamento heurístico)”. Um outro exemplo apontado por aqueles autores relaciona-se com o conflito entre uma focalização da atenção mais local ou mais global; ou seja, entre olhar para a árvore ou para a floresta. Também neste caso alguma literatura sugere que estados emocionais negativos tendem a fazer prevalecer na resolução desse conflito uma focalização mais local, enquanto estados positivos tendem a ter o efeito contrário¹¹⁹⁶. Outros textos ainda sugerem, por sua vez, que no conflito entre distractibilidade e perseverança, estados emocionais positivos tendem a aumentar a perseverança¹¹⁹⁷. Finalmente, sugere-se ainda que a ansiedade pode influenciar o conflito que por vezes surge entre rapidez e precisão. Concretamente, que pessoas altamente ansiosas tendem a agir mais depressa mas de forma menos precisa¹¹⁹⁸.

¹¹⁹⁵ GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 84, onde é citada literatura nesse sentido.

¹¹⁹⁶ *Ibidem*, onde é citada literatura nesse sentido.

¹¹⁹⁷ GRAY, SCHAEFER, BRAVER, MOST (2005), 85, onde se cita a literatura nesse sentido.

¹¹⁹⁸ *Ibidem*, onde se cita a literatura nesse sentido

5. Outros factores (expectativas, preconceitos, predisposições emocionais não conscientes, similaridade)

Para além dos factores tempo, atenção, memória e estados emocionais, que analisámos nos capítulos anteriores, outros factores, tais como as expectativas, preconceitos ou objectivos, existem ainda que podem influenciar os elementos da cognoscibilidade individual da realização do facto típico. Já a propósito da distinção entre as duas formas de seleccionar o objecto da atenção – *top-down* ou *bottom-up* – referimos, por exemplo, que, na primeira forma, a selecção do objecto da atenção é orientada ou dirigida para uma região do campo visual, atributo ou objecto específico em função de uma ideia, instrução ou tarefa pré-determinada (nestes dois últimos casos de um objectivo ou finalidade do agente, portanto)¹¹⁹⁹. E também já vimos que CHRIS TOF KOCH considerava as expectativas do sujeito como factor determinante na eficácia da atenção, no sentido de que frequentemente acontecerá que as pessoas tendem a não ver aquilo que não estão à espera de encontrar¹²⁰⁰.

Neste capítulo desenvolveremos um pouco mais estes factores, visto que parece poderem desempenhar um papel importante, embora, na maior parte das vezes, de forma mediata, na determinação do que chega à consciência. Com uma advertência, porém. É que estes factores, designadamente a questão da sua relação com a consciência, não foi ainda, ao contrário do que já aconteceu com o tempo, a atenção, a memória e as emoções, objecto de estudo sistemático e aprofundado. Encontram-se, no entanto, nos diferentes textos sobre estas matérias, algumas referências a esses factores, baseadas em algumas descobertas empíricas, que abrem algumas pistas que merecem ser referidas. É, pois, o que faremos de seguida.

Por outro lado ainda, será também importante notar que, como veremos melhor já de seguida, alguns desses factores a que nos referiremos influenciam especificamente o *conteúdo* da consciência. Quer dizer, não está já tanto em

¹¹⁹⁹ Cf. *supra* Parte III, Cap. III, 2.1.1.

¹²⁰⁰ Cf. *supra* nota 1040.

causa uma influência sobre a existência ou não da consciência de algo, mas uma influência sobre o conteúdo desse algo que se torna consciente.

A propósito das expectativas ADDIE JONHSON e ROBERT PROCTOR citam um estudo de SPENCE e DRIVER, onde se demonstra que no desempenho de tarefas de detecção e discriminação (identificação) o saber qual a modalidade sensorial (auditiva, visual, etc.) de que provirá o estímulo é capaz de produzir efeitos mensuráveis no desempenho dessas tarefas¹²⁰¹. Quer dizer, se alguém está à espera de um estímulo que surgirá numa determinada modalidade sensorial, detecta e discrimina mais rapidamente esse estímulo do que na hipótese de não saber antecipadamente qual a natureza do mesmo a esperar ou de ter uma expectativa errada acerca dessa natureza¹²⁰². Ora, como a detecção e a discriminação são, como vimos, as fases que antecedem o processo de consciência, quanto mais rápida for essa discriminação/identificação do estímulo, mais rapidamente o mesmo poderá aceder à consciência. Num outro estudo da mesma natureza, da autoria de MEYER, GROSS e TEUBER, igualmente citado por ADDIE JONHSON e ROBERT PROCTOR, mas referido agora ao “tacto”, demonstrou-se igualmente que saber de onde esperar a estimulação táctil baixava o limite necessário para a percepção desse estímulo¹²⁰³.

Mais importante é, contudo, um outro estudo proveniente da área da cognição social, em que se procurou determinar a influência na “percepção” da expectativa assente no preconceito¹²⁰⁴, designadamente racial. Uma das questões a que este estudo procurou responder foi, então, a de saber se o preconceito racial poderia influenciar as decisões que as pessoas tomam em situações de (alta)

¹²⁰¹ JOHNSON, PROCTOR (2004), 113.

¹²⁰² Mais especificamente, quanto à audição demonstrou-se que o facto de se esperar um estímulo auditivo tornava a detecção e identificação mais rápida do que quando a pista (acerca da natureza do estímulo a esperar) era errada, o que permitiu concluir que há um maior custo de eficácia na realização da tarefa quando a pista era inválida do que um benefício quando era válida. Já quanto à visão, diferentemente, concluiu-se também pela existência de vantagens quando a pista era válida por comparação com as hipóteses em que a pista era neutral (JOHNSON, PROCTOR (2004), 113).

¹²⁰³ JOHNSON, PROCTOR (2004), 118.

¹²⁰⁴ PAYNE, JACOBY, LAMBERT (2005).

pressão e, em caso afirmativo, por que forma é que se processa essa influência. Mais especificamente ainda, o estudo procura responder à questão, que a nós também nos interessa, de saber se o preconceito, designadamente o preconceito racial, afecta o modo como percebemos a realidade (conduzindo a que percebemos uma coisa diferente daquela com que estamos confrontados) ou se, diferentemente, apenas condiciona o modo como resolvemos a dúvida sobre o objecto de percepção. Para concretizar ainda melhor o problema aqueles autores recorrem a um exemplo real da casuística norte-americana: o chamado “Caso *Diallo*”¹²⁰⁵, ocorrido em Nova York em 1994. Em causa estava uma situação em que quatro polícias ordenaram a um emigrante africano (Amadou Diallo) para que não se mexesse na sua alcova escura. Quando Diallo levantou a sua carteira no ar para se identificar os quatro polícias, pensando estarem perante uma pistola, dispararam contra ele 41 tiros que lhe causaram a morte. As questões que esta situação coloca são, na perspectiva da temática que nos interessa abordar, as seguintes: o facto de *Diallo* ser negro e o preconceito que está associado a essa característica influenciou a decisão dos polícias? Em caso afirmativo, de que forma: levando-os a perceber uma pistola quando o que foi levantado por *Diallo* foi uma carteira ou, diferentemente, levando-os a, perante a dúvida sobre a qualidade do objecto, resolvê-la no sentido de que se trataria de uma pistola? Repare-se que nesta última hipótese o preconceito não alterou a verdadeira percepção da realidade (ver uma pistola onde estava uma carteira), mas apenas condicionou, provavelmente de forma não consciente, o modo como a dúvida foi resolvida.

A conclusão geral a que chegam estes autores, a partir de experiências anteriores realizadas pelos próprios, é a de que, nestas situações, é essencialmente a este último nível que se dá a influência do preconceito (designadamente racial) na decisão. Chegam a esta conclusão a partir de uma experiência realizada por PAYNE, em 2001, na qual foi pedido aos participantes que, num monitor de computador, olhassem brevemente para fotografias do que

¹²⁰⁵ PAYNE, JACOBY, LAMBERT (2005), 393.

podiam ser armas ou ferramentas. Aos mesmos era-lhes então pedido que dissessem se a fotografia que haviam visto brevemente era de uma arma ou uma ferramenta. Imediatamente antes de terem de responder era-lhes, contudo, mostrada rapidamente no mesmo monitor a cara de uma pessoa, que podia ser branca ou negra. A uns participantes foi-lhes pedido que respondessem à tarefa (arma ou ferramenta?) em menos de meio segundo, enquanto a outros foi-lhes dado o tempo que entendessem para a resposta. Os resultados mostraram que os participantes a quem tinha sido dado apenas meio segundo para responderem, não só cometiam mais erros, como era possível identificar um padrão discriminatório nos mesmos, uma vez que com maior frequência o sentido do erro se traduzia em responder “arma”, quando antes tinha sido mostrada a cara de uma pessoa negra, e “ferramenta” quando antes tinha sido mostrada a cara de uma pessoa branca.

Parece-nos, contudo, que as condições de realização do estudo não permitem responder exactamente à questão que começou por ser colocada por estes autores, mas a uma outra, igualmente importante, mas diferente. Com efeito, como a todos os participantes foi dado o mesmo tempo para olharem para a fotografia, apenas variando o tempo de que dispunham para responder se se tratava de uma arma ou de uma ferramenta (para uns meio segundo, para outros o que entendessem), o que o estudo demonstra verdadeiramente é a influência do preconceito quando a resposta tem de ser dada rapidamente, por contraposição com a situação em que a resposta é ponderada, e não tanto a questão, a que inicialmente se pretendia dar resposta, de saber se essa influência do preconceito se deu ao nível da discriminação/identificação do objecto ou, antes, ao nível do modo como era respondida a dúvida. Quando muito poderá ainda concluir-se, a partir deste estudo, que a tendência para que a resposta perante a dúvida seja influenciada pelo preconceito é maior nos casos em que é necessária uma resposta rápida do que naqueles em que há tempo para ponderar a resposta. Isto poderá acontecer porque, neste último caso, o agente tem tempo para se aperceber da possível influência do preconceito e contrariar o seu efeito.

Um fenómeno semelhante foi também já analisado por LIBET, que alega precisamente que a sua *time on theory* pode dar uma boa explicação para a ocorrência destas situações, em que preconceitos ou traços de carácter muito vinculados podem interferir no conteúdo do que chega à consciência. LIBET¹²⁰⁶ parte do exemplo do homem pudico a quem foi mostrada por breves instantes uma imagem de uma mulher nua, mas que reporta, convictamente, ter visto uma coisa diferente ou não ter visto nada. Segundo LIBET esta distorção – i.e., esta diferença entre o que foi efectivamente visto e o que chega à consciência – do conteúdo, que acontece inconscientemente, fora já referida por FREUD, que falava a propósito na “supressão do conteúdo consciente”¹²⁰⁷, enquanto mecanismo de protecção do sujeito diante de uma experiência desagradável. Ora, para LIBET, esta alteração do conteúdo do que chega à consciência só é possível precisamente porque há tempo – os tais 0,5 segundos de que fala a sua teoria – para que a mesma aconteça. É, segundo este autor, precisamente esse tempo que

¹²⁰⁶ LIBET (2004), 71.

¹²⁰⁷ LIBET (2004), 71. Há, no entanto, que distinguir em FREUD dois tipos de processos, designados, respectivamente, como processos de repressão ou recalque (*Verdrängung*), por um lado, e de repúdio ou recusa (*Verleugnung*), por outro. Com efeito, no seu artigo “O inconsciente”, de 1915 (FREUD (1915), 272), este autor começa por falar em repressão ou recalque (*Verdrängung*) para se referir ao acto psíquico que não passa ao estado consciente. FREUD considera que um acto psíquico passa por duas fases, quanto ao seu estado (inconsciente e consciente), e que entre essas duas fases tem de passar por um teste (censura). Assim, na primeira fase o acto psíquico é inconsciente e “se no teste for rejeitado, pela censura, não terá premissão para passar à segunda fase, diz-se então que foi ‘reprimido’, devendo permanecer inconsciente”. Já se passar o teste o acto psíquico entrará na segunda fase e pertencerá ao sistema que FREUD denomina de consciente. A pertença a esse sistema não determina, ainda, que o acto seja consciente, mas apenas que sob certas condições pode “tornar-se objecto da consciência sem qualquer resistência especial”. Perante a possibilidade de o acto se tornar consciente, FREUD acrescenta que o sistema consciente pode igualmente ser designado de pré-consciente (cf. FREUD (1974), 199). Em 1927, no seu artigo “Fetichismo” (FREUD (1927), 313), FREUD distingue, claramente, a repressão do afecto do repúdio ou recusa da representação (*Verleugnung*), que consiste num método de defesa do ego que se traduz na negação da realidade externa ou de parte da mesma, incluindo a própria percepção, por ser intolerável (cf. FREUD (1974), 251). Como sublinha HANNS, este termo, ao longo da obra de FREUD, mantém linguisticamente a conotação coloquial de “uma distorção que não chega a configurar-se como uma mentira (algo consciente e planeado), mas que nega a verdade”, HANNS (1996), 310.

permite que o carácter ou as experiências passadas de cada pessoa possam, de forma não consciente, alterar o conteúdo do que se torna consciente¹²⁰⁸.

Finalmente, também a similaridade entre dois itens pode afectar o processo cognitivo e o modo como os objectos são representados. Num texto recente ARTHUR B. MARKMAN e DEDRE GENTNER¹²⁰⁹ analisaram precisamente o efeito da similaridade nos diferentes níveis do processo cognitivo, demonstrando que quando o sistema cognitivo reconhece essa similaridade ela influencia o processo cognitivo ainda que o sujeito não o pretenda. E, segundo os mesmos, isso acontece mesmo em fases superiores do processo cognitivo como o raciocínio analógico ou a própria tomada de decisões. Porém, como demonstram, o efeito inicial da similaridade pode surgir logo ao nível da alocação de recursos atencionais, que a nós nos interessa particularmente. A detecção da existência de similaridades entre dois *itens* pode, consoante os casos, conduzir ou a alocar mais

¹²⁰⁸ LIBET (2004), 108, refere-se ainda a uma série de estudos sobre percepções subliminares (i.e., que não chegaram a ser conscientes) e à sua possível influência em opções posteriores do agente. Sobre a influência do que designa por predisposições emocionais não-conscientes na própria formação das decisões, cf., especialmente, DAMÁSIO (2010), 340-341, que refere, designadamente, que as nossas decisões económicas não são orientadas por racionalidade pura, sendo, ao invés, significativamente influenciadas por predisposições fortes, tais como a aversão às perdas e o prazer com os ganhos. No mesmo sentido, logo a seguir, acrescenta ainda que a forma como interagimos com os outros é também ela influenciada por uma vasta legião de predisposições que têm que ver com sexo, raça, gestos, idiosincrasias e traje. Todas estas descobertas exemplificam, segundo este autor, situações em que influências não-conscientes, emocionais ou não, influenciam marcadamente o resultado de uma tarefa ou de uma decisão, mas, acrescenta, não afastam o poder de decisão, nem exoneram da responsabilidade pelas nossas acções. Por último, DAMÁSIO fala da influência na deliberação consciente do que o próprio denomina de inconsciente genómico, enquanto “número colossal de instruções contidas no nosso genoma e que orientam a construção do organismo com as características distintivas do nosso fenótipo, tanto no corpo em si como no cérebro e apoiam o funcionamento do organismo” (342). Segundo este autor, o genoma formula o “esquema básico” dos nossos circuitos cerebrais, esquema que contém o primeiro reportório de conhecimentos não-conscientes com que o nosso organismo pode ser dirigido. Esses conhecimentos, acrescenta, têm que ver com questões de vida e morte e de reprodução – isto é, com a regulação vital – pelo que, devido à centralidade dessas questões, “o esquema promove uma série de comportamentos que podem aparentar ser decididos pela cognição consciente, mas que no fundo são impulsionados por disposições não-conscientes”, como acontecerá com as preferências que manifestamos logo desde o início da vida, em termos de comida, habitat, companheiros, etc. (342).

¹²⁰⁹ MARKMAN, GENTNER (2005), 107-133.

ou menos recursos atencionais num deles. Os autores citados estudam ainda a forma como a informação já conhecida influencia o modo como os novos itens são representados, concluindo, a este propósito, que as pessoas espontaneamente tendem a fazer comparações entre o conhecimento anterior e as novas situações, comparações que afectam o modo como essas novas situações são percebidas ou representadas¹²¹⁰.

¹²¹⁰ Esta realidade pode, por exemplo, ajudar a explicar situações como a ocorrida em 2010 e já descrita *supra* nota 1043, quando, no Hospital Garcia de Orta, em Almada, uma médica confundiu o frasco do medicamento com o frasco de um ácido que era muito semelhante ao primeiro, e que estava guardado no mesmo sítio onde normalmente estavam guardados os frascos do referido medicamento, provocando, dessa forma, queimaduras no intestino da criança a quem o mesmo foi ministrado.

PARTE III

A cognoscibilidade individual da realização do facto típico perante os princípios, e no sistema do direito penal

Capítulo I

A exigência da cognoscibilidade e a determinação do seu conteúdo à luz dos princípios do direito penal

Sendo os conceitos do sistema do direito penal parte de um sistema prático que visa realizar os fins do direito penal, a sua correcção depende do modo como se justificam em vista dos princípios do direito penal que exprimem e combinam entre si aqueles fins. São os princípios que, por último, exigem a cognoscibilidade e determinam o seu conteúdo. Assim se entende que os principais autores tenham em nome dos princípios defendido ou atacado a exigência da cognoscibilidade. Retomando os resultados da investigação anterior, daremos a seguir uma justificação do modo como entendemos a exigência da cognoscibilidade em função dos princípios do direito penal. Faremos do mesmo passo a crítica de concepções divergentes que invocam os mesmos princípios.

1. A cognoscibilidade e o princípio da culpa

A cognoscibilidade individual da realização do facto típico é uma exigência do princípio da culpa. Com efeito, o princípio constitucional da culpa funda-se na própria dignidade da pessoa humana que se baseia na sua liberdade e autonomia, e que implica, por isso, que apenas seja responsável dentro dos limites dessa liberdade e autonomia¹²¹¹. Ora, vimos atrás que uma parte da doutrina, de

¹²¹¹ Assim, na doutrina portuguesa, por todos: BRITO (1978), 199-200, BRITO, ANA (2009). PALMA (2011), 82-83, acrescentaria ainda, se bem a interpretámos, que só a base psicológica dessa cognoscibilidade é compatível com o princípio da

KOHLRAUSCH a ARTHUR KAUFMANN e a KÖHLER, na doutrina alemã, e de TURNER a JEROME HALL e a GLANVILLE WILLIAMS, na doutrina anglo-saxónica, negam o merecimento penal da negligência inconsciente por violação do princípio da culpa. O princípio da culpa seria violado segundo estes autores por não haver na negligência inconsciente uma ligação subjectiva *efectiva*, ao nível da consciência, entre o sujeito e o resultado.

Ora, se é certo que na negligência inconsciente não há consciência da realização do facto típico, há, contudo, cognoscibilidade dessa realização por haver consciência efectiva dos sinais objectivos de perigo, bem como os demais elementos da cognoscibilidade já referidos. Justifica-se estender os limites da responsabilidade pessoal em caso de perigo aos limites da evitabilidade da realização do facto típico, a que corresponde nos crimes de negligência inconsciente a cognoscibilidade da sua realização. Dentro destes limites o sujeito tem a possibilidade de controlar a realização do facto típico, actuando ou omitindo no exercício da sua liberdade e autonomia. Este ponto é justamente acentuado na doutrina inglesa por HART e por ASHWORTH, invocando aqui este último o princípio da autonomia individual, o qual, pelo que dissemos, deve considerar-se incluído no princípio da culpa.

Se a cognoscibilidade individual da realização do facto típico é exigida pelo princípio da culpa, isso não implica que seja considerada na análise do crime

responsabilidade por culpa. Com efeito, a propósito do dolo, afirma que “a substância psicológica do comportamento do agente, reveladora do que ele deu de si mesmo ao acto, é o único critério que cumpre essa função” (isto é, a função que cabe ao conhecimento e representação que é a de serem critérios de efectiva e actual motivação pela norma). Ou ainda quando refere (80-81) que “os elementos psicológicos, como consciência ou o conhecimento [conhecimento, que para a autora implica uma vivência dos factos, uma compreensão do contexto da situação e um reconhecimento do papel desempenhado pelo agente] revelam a possibilidade de motivação pela norma, devido ao confronto do agente com o seu facto e é essa possibilidade a expressão necessária de liberdade que legitima a responsabilidade penal”. Ora, parece-nos que essa necessidade de possibilidade de motivação pela norma estende-se aos casos de negligência inconsciente, até porque, como acrescenta mais à frente, e mais uma vez a propósito do dolo, o confronto do agente com o facto não implica uma “consciência reflexiva”, bastando-se com “uma possibilidade de controlo pela consciência que impeça o desenvolvimento da conducta típica” (81).

como um elemento da culpa¹²¹². É já anteriormente, como defendemos, um elemento do tipo de ilícito. Com efeito, como geralmente se entende¹²¹³ e é entre os teóricos da cognoscibilidade na negligência especialmente acentuado por JAKOBS¹²¹⁴, a culpa só tem sentido relativamente ao que é ilícito. Ora, a cognoscibilidade individual da realização do facto típico é já exigida para que se possa considerar ilícita uma certa acção, uma vez que não faz sentido proibir o que não é individualmente evitável e só é individualmente evitável o que pode ser individualmente conhecido.

Vários autores que entendem connosco que o princípio da culpa é satisfeito através da exigência de cognoscibilidade individual da realização do facto típico consideram-na, porém, específica da culpa e não relevante já ao nível da ilicitude. A este último nível seria relevante a cognoscibilidade da pessoa mais capaz, porquanto o âmbito da norma de proibição se estende até este último limite. Tal é, como vimos, de várias formas, a posição de ENGISCH, ROXIN e FIGUEIREDO DIAS, entre outros. Já criticámos esta posição, no essencial por não distinguir entre o âmbito de aplicação da norma proibitiva que se mede pela capacidade do mais capaz e a sua concretização no dever individual que é limitado pela capacidade individual do agente¹²¹⁵.

¹²¹² Como já vimos, é a cognoscibilidade referida à própria ilicitude e não a referida à realização do facto típico que constitui, no sistema do crime, um elemento da culpa.

¹²¹³ A grande excepção é BOCKELMANN (1973), 31 e ss., que recorta as acções ilícitas dentro das acções moralmente culposas, dado que o conceito de culpa é um conceito moral e nem todas as violações da moralidade são violações de direito.

¹²¹⁴ Ver *supra* Parte I. I. 3.3.1..

¹²¹⁵ Como temos vindo a defender ao longo do texto, do ponto de vista sistemático a cognoscibilidade individual é relevante para o tipo de ilícito, sem que se justifique qualquer diferença segundo os limites individuais da capacidade do sujeito. Tanto o sujeito de capacidade média como o sujeito de capacidade acima ou abaixo da média estão obrigados na medida do que é individualmente cognoscível para cada um. Os autores que como ENGISCH, ROXIN, SCHROEDER e FIGUEIREDO DIAS consideram a cognoscibilidade individual apenas relevante para a delimitação do tipo de ilícito no caso de capacidades superiores às da média, relevante de resto apenas em sede de culpa, são incoerentes, porque é a mesma razão que justifica a relevância da capacidade individual para a delimitação do tipo de ilícito no caso de capacidades superiores que justifica também a sua relevância nos casos de diferente capacidade. Essa razão é a razão geral da delimitação geral de que o dever está delimitado pelo poder. Não tem

2. O princípio da igualdade e o princípio da legalidade

Alguma doutrina tem argumentado contra a exigência de uma cognoscibilidade individual da realização do facto típico logo ao nível do tipo de ilícito, alegando que a mesma não é compatível com o princípio da igualdade, por contrariar a igualdade na sua aplicação¹²¹⁶. Ora, entendemos que a questão se coloca exactamente ao contrário. O princípio da igualdade não só não impede como impõe mesmo uma solução como a que defendemos. Como é geralmente reconhecido, o princípio da igualdade manda precisamente que se trate igual o que é igual e diferente o que é diferente, o que evidentemente só favorece um critério de decisão sobre a ilicitude do facto baseado nos dados e capacidades individuais que são, em cada caso, diferentes.

Da mesma forma, também o princípio da legalidade, na dimensão que impõe a certeza da lei penal, não só não impede, como consideram alguns¹²¹⁷, mas depõe mesmo a favor da solução que defendemos. Como exemplarmente notou ASWORTH, numa frase já citada e que agora se recorda, *standards*

sentido obrigar a fazer (ou a conhecer) o que é impossível, fazendo, pelo contrário, perfeito sentido obrigar a fazer (ou a conhecer) dentro da medida do possível. Os argumentos em contrário estão geralmente relacionados com a função preventiva das normas proibitivas que se pretende ligada ao âmbito geral da proibição. Mas estes argumentos esquecem a distinção entre o âmbito de aplicação de uma norma geral e sua concretização no dever pessoal do agente. O âmbito de uma proibição geral estende-se a todos os factos que podem ser evitados pelo mais capaz, que na negligência inconsciente se reduzem aos que podem ser conhecidos pelo mais sábio. A aplicação da norma ao caso fundamenta um dever concreto que é limitado pela capacidade individual do agente. A norma não deixa de ser geral e é interiorizada como tal, mas não tem qualquer eficácia preventiva nos casos de impossibilidade prática, não fazendo sequer sentido aplicá-la a estes.

¹²¹⁶ Assim, designadamente, JESCHECK, WEIGEND (1996), § 54 I 3 e na sua esteira SCHROEDER (1994), § 16 n.º 147.

¹²¹⁷ Cf. SCHROEDER (1994), § 16 n.º 146, quando fala da importante função tipificadora (*standartbildend*) do critério objectivo. FARIA (2005), 901, parece admitir uma “uma violação flagrante do princípio da legalidade”, devido à “consideração de novos elementos típicos e variáveis dependente da situação individual, contrário de um princípio de garantia”. Mas, do nosso ponto de vista, sem razão. Por um lado porque não há novos elementos típicos quando, no nosso direito, se trata apenas de interpretar a referência do artigo 15.º à capacidade do agente; por outro lado, porque não há ofensa da função de garantia quando se introduzem por interpretação elementos restritivos do conceito de dever de cuidado.

objectivos, que apelam a expressões como “razoável”, “normal” ou “prudente” revelam-se “muito mais maleáveis e imprevisíveis do que termos subjectivos que perguntam sobre se um acusado tinha ou não consciência de certo risco, abrindo explicitamente espaço para que tribunais e até procuradores façam juízos sociais sobre os limites da sanção penal”¹²¹⁸. No mesmo sentido, também DUTTGE já objectara contra a invocação do princípio da legalidade contra a solução individualizadora, como também já vimos, que não é através da formulação de critérios gerais e abstractos que, independentemente do modo como sejam delineados, as dificuldades relativas à necessária determinação das exigências de comportamento para o cidadão individual desaparecem, pois “nenhum caminho (generalização ou individualização) ultrapassa a necessidade de uma concretização daquilo que obriga o indivíduo nas concretas condições situacionais, e daquilo que ele em tais circunstâncias está em estado (é capaz) de prestar”¹²¹⁹.

3. O princípio da necessidade da pena

O princípio da necessidade da pena deduz-se do princípio restritivo das restrições de direitos fundamentais consagrado no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição. Sendo a pena a espécie de sanção mais gravemente restritiva de direitos fundamentais, a sua imposição terá de ser necessária para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Por consequência, as normas incriminadoras devem visar comportamentos que ofendam ou ponham em perigo bens jurídicos concretos, ou que, pelo menos, sejam geralmente adequados a pôr em perigo uma certa espécie de bens jurídicos. Assim se pode dizer que o direito penal visa proteger bens jurídicos, e como estes se relacionam entre si e são diversamente valorados, visa proteger a ordem dos bens jurídicos. Este fim ou função é, aliás, comum a todo o direito sancionatório. O que é

¹²¹⁸ ASHWORTH (2006), 195.

¹²¹⁹ Como refere, citando no mesmo sentido STRATENWERTH, “do mesmo comando de não pôr em perigo ou de não lesar bens jurídicos alheios (ou interesses protegidos juridicamente) nascem instruções de acção inteiramente diferentes segundo a situação em que a pessoa se encontra e aquilo que a pessoa pode” (DUTTGE (2003-2), 96).

específico do direito penal, além da já referida conexão das normas incriminadoras com bens jurídicos determinados, é a prevenção geral daquelas formas de comportamento que, se não forem prevenidas através das sanções penais, põem em questão a eficácia da ordem jurídica no seu conjunto. Neste sentido tem razão JAKOBS quando diz que o direito penal tem a função de assegurar as expectativas normativas essenciais¹²²⁰. Mas se o direito penal visa garantir a vigência das normas de ilicitude que sanciona – como quer JAKOBS –, não deixa por isso de visar garantir também a própria segurança dos bens jurídicos que as normas de ilicitude têm em vista – contra o que pretende JAKOBS. É certo que, ao contrário do direito privado, essa garantia não opera mediante reparação da ordem concreta dos bens jurídicos violados, através das sanções da restituição, da indemnização e da invalidade (além das sanções preventivas do direito privado), mas através da retribuição da culpa (além das medidas de segurança). É ainda certo, por outro lado, que nem toda a culpa é punível e, por isso, também nem toda a ilicitude, nem todas as possíveis ofensas da ordem dos bens jurídicos são prevenidas pelo direito penal, mas só os comportamentos culposos especialmente graves e especificadamente previstos na lei são puníveis. Só estes ofendem “as expectativas normativas essenciais”, de que depende a eficácia e portanto também a vigência da ordem dos bens jurídicos no seu conjunto. Finalmente, a pena só será necessária se houver uma ligação subjectiva do sujeito com o facto. Sem essa ligação, para a qual é necessária a cognoscibilidade, o facto não será evitável. Não haverá a possibilidade de controlar a acção, pois não há possibilidade efectiva de representar a realização do facto típico e, portanto, não haverá necessidade de o punir.

Do princípio da necessidade da pena derivaram, *de jure condendo*, os autores do *Projecto Alternativo* alemão, bem como vários deles *de jure constituto* – com relevo para STRATENWERTH¹²²¹ –, a impunibilidade da negligência mais leve, aquela que é praticamente inevitável mesmo pelo agente consciencioso. No mesmo sentido, também DUTTGE procurou superar a incerteza relativa à

¹²²⁰ Cf. *supra* Parte I, Cap. I, 3.2.1.

¹²²¹ Cf. *supra* Parte I, Cap. I, 2.6.

delimitação das formas de negligência que não merecem punibilidade através da construção dogmática das situações que justificariam o merecimento penal da negligência. Já atrás tomámos posição pormenorizada sobre tais propostas de DUTTGE que, como notou HOYER, ligam a negligência inconsciente a um dever de previsão que, na falta de base legal, assenta numa construção dogmática extremamente discutível. HOYER invoca aqui a necessidade operativa de um poder prever psicológico, deixando porém em aberto a investigação psicológica da cognoscibilidade. É essa investigação psicológica, a partir do estado actual das ciências cognitivas, que está na base das nossas propostas, que desenvolvem dogmaticamente a exigência legal de evitabilidade individual que o artigo 15.º do Código Penal faz valer para a negligência inconsciente, ao limitar o dever de cuidado pela capacidade individual do agente. A definição com base científica dos limites da cognoscibilidade individual torna aqui irrelevantes a questão dos limites da negligência simples ou leve que é substituída pela questão dos limites da própria negligência inconsciente.

No sentido oposto ao das teorias que procuram excluir a punibilidade de certos casos que consideram incluídos conceptualmente no conceito que à partida adoptam de negligência inconsciente, JAKOBS advoga a punição como dolo dos casos de negligência inconsciente que se devem a uma cegueira dirigida ou indiferença perante os factos, que considera uma subespécie de dolo indirecto. Mostrámos atrás que se trata aqui de casos claros de cognoscibilidade e, portanto, de negligência inconsciente, excepto se devido a essa indiferença não houver sequer a consciência dos sinais objectivos de perigo, onde se inclui a consciência da própria atitude de indiferença. A proposta de JAKOBS é, como já dissemos, directamente contrariada pelo § 16 (1) do Código Penal alemão e pelo artigo 14.º do Código Penal português, que exigem a representação do facto típico como requisito do dolo.

Importa, neste contexto, acentuar que a definição dos limites da cognoscibilidade é apenas um dos elementos do facto típico da negligência inconsciente. Outros elementos do facto típico, como os que se englobam na

imputação objectiva, e que são determinados pelas teorias do risco permitido, do âmbito de protecção da norma e do comportamento lícito alternativo contribuem, ainda que negativamente, para delimitar o ilícito típico da negligência, e alguns deles relacionam-se com o merecimento penal do comportamento. Nomeadamente as teorias do âmbito de protecção da norma e do comportamento lícito alternativo aplicam-se a comportamentos ilícitos, que não são típicos por falta de merecimento penal desses comportamentos. Não são porém objecto desta nossa investigação.

Capítulo II

Integração da cognoscibilidade individual e dos seus elementos no sistema do crime negligente inconsciente

Temos vindo a defender que a cognoscibilidade individual da realização do facto típico é um elemento essencial da negligência inconsciente, o qual se analisa em diversos elementos. Desses, dois – a consciência sensorial ou cognitiva dos sinais objectivos de perigo e a possibilidade da consciência ou consciência da decisão de actuar num ou noutro sentido – são, na nossa perspectiva, elementos essenciais das acção típica negligente, exigidos pelo conceito de acção, enquanto os restantes – a possibilidade de consciência do perigo abstracto e do perigo concreto, bem como a possibilidade de consciência da capacidade e dos meios de o evitar – são elementos essenciais que integram o tipo de ilícito da acção típica negligente.

1. Elementos da cognoscibilidade e conceito de acção na negligência inconsciente. Dependência do conceito de acção negligente inconsciente da consciência sensorial ou cognitiva dos sinais objectivos de perigo, e da consciência ou possibilidade de consciência da decisão de actuar num ou noutro sentido

Consideremos o caso do automobilista A, que circula à velocidade permitida em determinado local, e que, não obstante, atropela uma criança que salta para a frente do carro, por não ter tido tempo para ter consciência sensorial da presença da criança e para travar antes do embate. Afirmará que viu a criança mas que não teve tempo para travar, sendo, porém, certo que, de acordo com os estudos, designadamente de LIBET, antes citados, ele iniciou automaticamente uma acção de travagem cerca de 200 ms depois de ter detectado a criança, mas 150 ms antes de ter tido possibilidade de consciência de que criança havia saltado para a frente do carro, consciência que sobreveio ao próprio embate¹²²².

Perguntar-se-á: qual o elemento do crime cuja falta exclui em hipóteses como esta a punibilidade? Julgamos que é, antes do mais, a própria acção. Com efeito, faltarão aqui algo essencial à acção negligente inconsciente, que é a possibilidade de controlo que está condicionada pela possibilidade de consciência da decisão. Na hipótese, o tempo que decorreu entre a detecção do perigo para a vida da criança e o resultado do atropelamento mortal é inferior ao tempo necessário para haver consciência, quer do sinal objectivo de perigo, quer da decisão de actuar no sentido de evitar esse perigo. Ora, a consciência da situação objectiva de perigo e a possibilidade de consciência da decisão de actuar num ou noutro sentido são os primeiros elementos da cognoscibilidade da realização do

¹²²² A hipótese que agora consideramos é diferente da apresentada por DUTTGE na situação, analisada pela jurisprudência alemã, dos “jogos de rua”, onde o que se discutia era se para a afirmação da negligência seria suficiente que o agente tivesse visto o sinal de trânsito que indicava a aproximação de uma escola. Na hipótese que agora consideramos a criança surge inadvertidamente à frente do carro, sem que antes existisse qualquer sinal alertando para essa eventualidade.

facto típico, sem os quais não há possibilidade de controlo e, portanto, não há sequer uma acção¹²²³.

Também os casos de crianças esquecidas pelos pais dentro de carros fechados podem ser casos em que falta a consciência de sinais objectivos de perigo. Nestas hipóteses, porém, a falta de consciência dos sinais objectivos de perigo não decorre já, como no primeiro caso, da falta do tempo necessário à formação da consciência, mas, como evidenciámos *supra*, do funcionamento dos mecanismos da atenção humana. Como vimos já, o que normalmente acontece nestas hipóteses é que o sistema de supervisão atencional (SAS), que deveria ter activado um esquema de acção desviante da actividade em curso, falhou num ambiente de grande stresse em que o esquema de acção relacionado com o factor de stresse (muitas vezes, de natureza profissional) vai prevalecer sobre o esquema de acção desviante, que seria adequado para evitar o resultado. Aqui, do ponto de vista da dogmática da negligência o que importa é, como já dissemos, saber se a própria falha de atenção é controlável por haver consciência dos factores que a provocaram (o próprio stresse relacionado com a profissão e a sua distractibilidade nessas situações), que nesse caso constituirão eles próprios

¹²²³ Outros exemplos de falta cognoscibilidade individual da realização do facto típico por falta de consciência de sinais objectivos de perigo são os dos casos, citados, respectivamente, por ENGISCH (1930), 314, DUTTGE (2001), 406, e FIGUEIREDO DIAS, (2007), 35.º Cap., § 21, de ter sido colocado a atravessar a estrada um fio invisível que só seria reconhecível prestando uma atenção apuradíssima na direcção do local onde se encontrava esse fio e não, simplesmente, ao olhar em frente; do condutor que se dirige para o local de trabalho sempre pela mesma estrada (que sempre teve prioridade num certo cruzamento) e, devido a esta experiência sempre repetida, não repara num sinal de STOP que foi entretanto colocado no local; ou o do condutor que passa um semáforo vermelho num cruzamento com condições de plena visibilidade, quando as demais vias de acesso a esse cruzamento estão desertas, e que por força de ólio imperceptível na estrada perde o controlo e embate em dois transeuntes que estão no passeio. Finalmente, um outro exemplo de falta de consciência do sinal objectivo de perigo que conduz à falta de uma acção negligente, embora agora já não por falta da consciência, mas por falta do próprio sinal objectivo de perigo é, como já dissemos noutro lugar (cf. *supra* Parte II, Cap. II, 1.2.), o dos conhecidos casos da talidomida. E, neste caso, poder-se-á dizer que não há acção de causar malformações no feto. Existe a acção de administrar talidomina, mas não existe a acção relacionada com a acção típica de provocar malformações do feto. Como não se verifica o primeiro elemento da cognoscibilidade da realização do tipo, não se pode falar em possibilidade de controlo da acção que se traduz na concretização daquele sinal.

sinais objectivos de perigo. Só em caso de resposta afirmativa a esta última questão poderá, verificados os demais pressupostos da cognoscibilidade, afirmar-se a negligência¹²²⁴.

Também o já descrito “caso Adomako” parece ser, no que se refere ao comportamento do médico que foi julgado pela prática de *manslaughter* por *gross negligence*, um exemplo em que falha a atenção, mas neste caso por causa de um alto nível da carga perceptiva, fruto de uma multiplicidade de sinais de alarme, que levou a uma tal carga da atenção que impediu a consciência do sinal do perigo que se materializou no resultado¹²²⁵. Com efeito, a consciência tem de referir-se ao sinal objectivo de perigo que sinaliza o risco que efectivamente se materializa no resultado, pois é na possibilidade de controlar esse processo perigoso (agindo ou omitindo) que se vai fundamentar a responsabilidade do agente¹²²⁶.

Se, nestes casos, a falta da consciência do sinal objectivo de perigo exclui, desde logo, a punibilidade por falta de acção, torna-se praticamente irrelevante saber se a acção é o primeiro elemento autónomo da análise do crime ou se é apenas o primeiro elemento do tipo de ilícito ou do tipo de punibilidade, como quer que se deva entender o conceito apropriado de tipo como primeiro elemento valorativo da análise do crime. Não quer isto dizer que a questão de saber qual o melhor modo de estruturar a teoria do crime não depende da prática da aplicação da lei penal. Antes pelo contrário, a teoria do crime deve ter a estrutura que

¹²²⁴ Estes casos remetem-nos para a chamada negligência na aceitação, em que o momento relevante para efeitos de aferição da verificação dos pressupostos da cognoscibilidade, nomeadamente a consciência do sinal objectivo de perigo, retroage ao momento em que existe consciência dos factores que posteriormente determinam a falha que se verifica no momento da acção.

¹²²⁵ Tal como já foi referido (*supra* Parte III.4.) os estímulos ameaçadores, neste caso relacionados com falhas no sistema circulatório, captaram a atenção mais rapidamente do que quaisquer outros, sendo este efeito reforçado pela ansiedade.

¹²²⁶ O mesmo caso, porém, no que se refere ao comportamento do primeiro anestesista, que se esqueceu de ligar o alarme que sinalizaria a desconexão do tubo intratraqueal, coloca um problema diferente. Com efeito, vários estudos sugerem que muitos dos erros médicos são consequência de procedimentos automáticos, que poderiam ser evitados se fossem adoptados nos procedimentos médicos procedimentos (por exemplo, *checklists*), do mesmo tipo dos que se usam na aviação.

melhor serve essa aplicação. Apenas se pretende acentuar aqui, no quadro desta indagação sobre o lugar que deve caber à cognoscibilidade da realização do facto típico na estrutura do crime negligente inconsciente, que, seja qual for essa estrutura, o primeiro elemento da análise do crime é logicamente a existência de uma acção, que na negligência inconsciente depende dos dois primeiros elementos da cognoscibilidade da realização do facto típico: consciência sensorial ou cognitiva dos sinais objectivos de perigo, possibilidade de consciência ou consciência da decisão de actuar num ou noutro sentido. Tal implica, porém, uma alteração do esquema habitual da análise do crime negligente, em que quer a consciência da realização do tipo na negligência consciente, quer a cognoscibilidade dessa realização na negligência inconsciente – para os autores que a admitem como requisito –, só são tratadas como elemento subjectivo do tipo de ilícito, depois de averiguar a existência de acção, a imputação objectiva e outros elementos do tipo objectivo¹²²⁷. Ora, nós julgamos

¹²²⁷ Quando a generalidade da doutrina nega, por exemplo em casos como o da talidomida, a imputação objectiva e inclui a imputação objectiva no elemento objectivo do tipo, a expressão “objectiva” só está correcta na medida em que aí se trata da imputação de um resultado objectivo ao agente. Na medida, porém, em que a imputação objectiva depende de elementos subjectivos como a cognoscibilidade – e, como já vimos, esta, por sua vez, depende dos conhecimentos superiores ou inferiores do agente – a sua inclusão no elemento objectivo do tipo é inapropriada. Há que concluir, do nosso ponto de vista, que elementos subjectivos são indispensáveis para afirmar a existência de uma acção, a tipicidade dela e a imputação objectiva do resultado à acção típica. Segue-se daqui que está errada a sistemática tradicional da teoria do tipo, que separa o elemento objectivo do elemento subjectivo e pretende iniciar a análise pelo primeiro em que inclui a imputação objectiva. Não quer isto dizer que não seja conveniente na análise prática do crime começar por excluir o tipo quando faltam elementos objectivos, como sejam o resultado ou quando a existência de acção ou a imputação objectiva podem ser excluídas por falta de requisitos objectivos das mesmas, como quando inexistem sinais objectivos de perigo na negligência inconsciente ou quando é possível excluir a adequação causal ou se está perante um risco permitido independentemente da questão de saber se existe uma acção. É, assim, que a questão de saber se o resultado era previsível para o mais sábio dos homens na posição do agente, que é a questão da adequação causal colocada por ENGISCH na análise do tipo objectivo de ilícito, pode ser decidida em função de elementos meramente objectivos, sem averiguar sequer se no caso existe uma acção. O mesmo se pode dizer da noção objectiva de titular de uma função social de que JAKOBS faz depender a imputação objectiva. Pelo exposto, há um sentido em que é justificado começar a análise do tipo em função da sua aplicação aos casos pela averiguação de requisitos ou “elementos” objectivos, no sentido que não pertencem à realidade psíquica do agente. Se faltam no

ter demonstrado que é necessário averiguar a existência dos dois primeiros elementos da cognoscibilidade da realização do facto típico para concluir pela existência da própria acção.

Importa notar que os elementos da cognoscibilidade da realização do facto típico de que depende a existência de acção negligente inconsciente abstraem da configuração típica de que se trata, para focarem apenas os elementos comuns a toda a acção típica negligente. É certo que os sinais objectivos de perigo se referem a um certo perigo típico, cuja realização se pretende evitar através de um certo tipo de crime negligente inconsciente. Mas do que se trata neste primeiro momento é apenas de saber se há ou não uma acção. Quando se decide que não há acção por não haver consciência dos sinais objectivos do perigo tipificado na norma não se tem em vista a consciência do perigo abstracto, mas a mera

caso elementos objectivos – como sejam circunstâncias objectivas da acção ou o resultado nos crimes de resultado – ou requisitos objectivos de elementos, como a acção e a imputação “objectiva”, de natureza mista, objectiva e subjectiva – como sejam sinais objectivos de perigo exigíveis para haver acção na negligência inconsciente, ou criação ou aumento do risco, ou proibição do risco, exigíveis para haver imputação do resultado à acção – que estão descritos no tipo abstracto ou se obtêm por interpretação dos elementos descritos no tipo abstracto, justifica-se desde logo a exclusão da tipicidade. Mas nem por isso é justificado reunir todos os requisitos objectivos identificáveis do tipo no elemento objectivo do tipo como o primeiro elemento da análise. O primeiro elemento da análise, por antecedência lógica, é a acção (em sentido lato, incluindo a omissão) e é por análise interpretativa deste elemento que na negligência inconsciente se requer cognoscibilidade da realização do facto típico, que por sua vez depende da consciência dos sinais objectivos de perigo, que implica a própria existência objectiva desses sinais. A existência objectiva dos sinais de perigo não é um elemento objectivo do tipo, nem um elemento do elemento objectivo do tipo. É um requisito objectivo implícito do primeiro elemento, simultaneamente objectivo e subjectivo, do tipo da negligência inconsciente, que é a acção. Mas é certo que a tipicidade pode ser excluída por falta de outro elemento ou requisito objectivo determinável sem dependência da existência de acção. Na hipótese da talidomina, a falta da adequação causal permite excluir a tipicidade de qualquer acção possível naquele momento independentemente da questão de saber se na hipótese existia acção. Por isso na aplicação prática do direito penal aos casos é não só possível como por vezes conveniente partir de um “elemento” meramente objectivo como é a falta de adequação causal para concluir pela falta de tipicidade, sem ter de averiguar da existência de acção e por isso da consciência de sinais objectivos de perigo. E o mesmo se dirá quando faltam outros elementos meramente objectivos. Haverá, então, que dizer que a ordem na aplicação prática do direito penal aos casos pode por razões de conveniência divergir da ordem lógica da análise dos elementos do crime (sobre esta última distinção veja-se BRITO (1989-1990), 129 e ss., e BRITO (1995), 79 ss.

consciência dos sinais que permitem identificar uma possibilidade de agir ou não agir nesse momento, independentemente do entendimento desses sinais como sinais do perigo abstracto. De modo análogo quanto à consciência ou possibilidade de consciência da decisão de actuar num ou noutro sentido. Também quanto a este elemento do conceito de acção não é relevante a especial configuração típica de um elemento, mas antes que o elemento se verifique com uma qualquer configuração. Por esta razão, a questão da existência ou não de acção é autónoma, mesmo que na aplicação do direito penal se ponha sempre relativamente a uma certa acção típica.

Há, finalmente, que notar que ao recorrer ao conceito de acção como primeiro pressuposto da análise do crime, o Direito recorre a um conceito da vida social que serve de base de valorações jurídicas e que, para cumprir esta função, se define independentemente delas. Mas a determinação do conceito social de acção pode depender de critérios científicos que não são geralmente conhecidos. No caso da negligência inconsciente partimos do conceito social de que para haver acção tem de haver uma certa forma de controlo por parte do sujeito. Mas para saber se há controlo do movimento corporal, conceptualmente ligado ao conceito social de acção, é necessário saber, como no exemplo anteriormente dado, o que só a neurociência nos pode dizer: se o tempo que decorreu entre a detecção do perigo para a vida da criança e o resultado do atropelamento mortal é suficiente para haver consciência, quer da situação objectiva de perigo, quer da decisão de actuar no sentido de o evitar, sem as quais não pode haver possibilidade de consciência da decisão, sem a qual, por sua vez, não pode, conceptualmente, haver possibilidade de controlo e, portanto, acção.

2. Elementos da cognoscibilidade individual da realização do facto típico e tipicidade. Dependência da tipicidade da negligência inconsciente da possibilidade de consciência do perigo abstracto e concreto, bem como da possibilidade de consciência da capacidade e dos meios de o evitar

Se os primeiros dois elementos da cognoscibilidade individual da realização do facto típico – a consciência sensorial ou cognitiva dos sinais objectivos de perigo, a consciência ou a possibilidade da consciência da decisão de actuar num ou noutro sentido – são essenciais ao conceito de acção na negligência inconsciente, os elementos restantes da nossa análise – a possibilidade de consciência do perigo abstracto, a possibilidade de consciência do perigo concreto e a possibilidade de consciência da capacidade de evitar e dos meios de evitar – são essenciais à tipicidade da acção negligente inconsciente¹²²⁸. Com efeito, tendo em conta o dito anteriormente acerca do conceito jurídico-penal de acção, parece mais correcto dizer que há acção sempre que há uma oportunidade de agir de uma forma ou outra face a uma situação de consciência de sinais objectivos de perigo, independentemente da possibilidade de conhecimento desse perigo como perigo abstracto ou concreto de realização do facto descrito num tipo legal de crime e, por outro lado, considerar que a possibilidade de conhecimento do perigo abstracto ou concreto condiciona a existência de uma acção *típica* de realização inconsciente e negligente desse perigo.

Assim, por exemplo, nos casos, citados por ENGISCH, da mulher inferiormente dotada que ao limpar um vestido com gasolina numa pequena cozinha em que arde o pavier de um aquecedor, provoca uma explosão; da mulher

¹²²⁸ Quando nos referirmos aqui à tipicidade temos em vista a valoração que determina o tipo de ilícito, no sentido de conjunto de elementos ou pressupostos de facto que fundamentam o juízo provisório ou indiciário de ilicitude e que se encontram descritos nas previsões das normas incriminadoras da negligência (tipos especiais de crime negligentes), integradas pelas disposições da Parte Geral do Código Penal relativas a esta figura. Por juízo de ilicitude, por sua vez, entendemos o juízo material de desvalor de certo acto que fundamenta a proibição pelo direito desse acto. Tal tipo provisório ou indiciário de ilícito é certamente parte do tipo essencial de ilícito, que inclui as causas de exclusão da ilicitude e é igualmente parte do tipo de punibilidade, sem curar agora de precisar conceptualmente estes conceitos ou de justificar a sua função na teoria do crime.

supersticiosa de um pastor que, a conselho de algumas mulheres da aldeia, empurrou, com intenção curativa, o seu filho raquítico para o forno quente e assim o matou; ou, finalmente, da empregada que colocou uma vela a arder em cima do armário do quarto das crianças que estavam com medo, assim provocando a morte destas, há inequivocamente consciência dos sinais objectivos de perigo (colocar gasolina ao pé de um pavio aceso de um aquecedor, atirar uma criança para um forno quente, ou deixar durante a noite uma vela acesa em cima de um móvel de madeira num quarto de crianças), restando apenas discutir se as limitações de inteligência e de conhecimento dos agentes não impediam a possibilidade de associarem causalmente o seu comportamento à realização dos tipos de ofensas ou de homicídio ou, dito de outra forma, a possibilidade de consciência do perigo abstracto e concreto de ofensas à integridade física e de morte de terceiros associados àqueles comportamentos. Não se trata, pois, nestas hipóteses, de negar que haja uma acção, mas sim de discutir se há uma acção com a configuração típica de uma ofensa corporal ou de um homicídio negligente inconsciente¹²²⁹. Há que entender que a norma proibitiva não visa proibir acções cuja perigosidade abstracta ou concreta não é cognoscível para o agente: como já várias vezes dissemos, não tem sentido proibir o que não é evitável.

¹²²⁹ Uma situação que caberá, sem dúvida, nestas hipóteses, onde o que está em causa são os demais presupostos da cognoscibilidade e já não a consciência do ou dos sinais objectivos de perigo, é aquela em que uma sobrecarga da memória de trabalho, provocada por uma multiplicidade de sinais objectivos de perigo, impedirá a atenção de se focar nos objectivos e escolher a resposta mais adequada para a situação. Numa situação como a descrita por Thad Allen, almirante da Guarda Costeira que chefiou as operações durante uma explosão de um poço de petróleo da BP no Golfo do México, poderia ter ocorrido uma situação deste tipo. Refere aquele Almirante que a sua não decisão de, logo no primeiro dia, mandar encerrar o espaço aéreo por cima do golfo – o que, só por acaso, não provocou 8 colisões aéreas a baixa altitude – se deveu ao facto de ter recebido, por dia, 300 a 400 páginas de emails, relatórios e outras mensagens. Essa torrente de dados poderá, segundo o mesmo, ter contribuído para, o que o próprio admite ter sido um erro grave, a referida omissão. Estamos em crer que se aquelas colisões tivessem ocorrido teria de se colocar a hipótese de estarmos perante um caso de sobrecarga da memória de trabalho, com consequências já não ao nível da atenção perceptual, mas da atenção que opera nesta memória e que é essencial para a análise da situação e para a escolha da decisão adequada (a situação descrita vem referida no já citado artigo de Sharon Begley publicado na revista *Newsweek*, de 27 de Fevereiro de 2009 (disponível na versão *on line* em www.thedailybeast.com/newsweek).

3. Cognoscibilidade individual da realização do facto típico e *dever de cuidado*

A relevância do *dever de cuidado* na dogmática da negligência em geral e, consequentemente, também na da negligência inconsciente é claramente implicada pelo artigo 15.º do Código Penal. Como, porém, em certo sentido, como já vimos *supra*¹²³⁰, se pode falar de violação do dever de cuidado de evitar a realização do tipo sempre que há uma acção típica, seja ela dolosa ou negligente, torna-se particularmente importante apurar a especificidade do dever de cuidado na negligência e, em particular, na negligência inconsciente. Com efeito, se não houvesse qualquer especificidade na fundamentação do dever de cuidado na negligência, por os critérios da aferição da sua violação serem idênticos ao do crime doloso, a referência expressa ao dever de cuidado no artigo 15.º, sem estar errada, não se justificaria. Seria, aliás, essa a conclusão a que teríamos de chegar se seguíssemos aquela parte da doutrina alemã que entende dispensar o conceito de dever de cuidado da dogmática da negligência. Ora, como vimos atrás, o dever de cuidado na negligência inconsciente, que é a que aqui nos ocupa, implica o dever de consciência ou representação da situação de perigo nos limites da cognoscibilidade individual¹²³¹. Tal cognoscibilidade só existe, como dissemos, se houver consciência dos sinais objectivos de perigo, consciência ou possibilidade de consciência da decisão de actuar num ou noutro sentido, possibilidade de consciência do perigo abstracto e concreto, e possibilidade de consciência da capacidade de evitar e dos meios de evitar esse perigo. Acresce, como também vimos, que só na negligência inconsciente o dever de consciência ou representação depende da verificação autónoma da cognoscibilidade, isto é, separada da verificação de qualquer outro elemento do

¹²³⁰ Cf. *supra* Parte I, Cap. IV, 1.1.1.

¹²³¹ Não podemos deixar de referir a semelhança entre este dever e o dever jurídico de atenção referido por ENGISCH, que como vimos, visa permitir ao agente representar que esta prestes a realizar ilicitamente o tipo. Cf. Parte I, Cap. I, 1.2.3.3.

crime¹²³². E isso é quanto basta para justificar a especificação autónoma do dever de cuidado como elemento da negligência no artigo 15.º do Código Penal.

Por outro lado, a cognoscibilidade individual da realização do facto típico, como elemento subjectivo do tipo da negligência inconsciente, não implica uma limitação inaceitável da liberdade geral de acção, com ofensa do direito da liberdade garantido pelo artigo 27.º da Constituição. Como vimos, DUTTGE procurou evitar esta crítica através de um critério objectivo de definição de momentos de ocasião que limitariam a relevância da cognoscibilidade individual. Mas esta necessidade só surge porque DUTTGE não delimitou precisamente a própria cognoscibilidade individual. Essa delimitação, que procurámos fazer atrás, implica uma definição dos pressupostos subjectivos do dever de representação, que é normativamente justificada e que se traduz na identificação do conjunto dos elementos necessários à cognoscibilidade individual da realização do facto típico e dos factores do sujeito que os condicionam, já atrás estudados¹²³³. Não é, por isso, necessário recorrer a um critério objectivo sem base normativa suficiente.

4. Cognoscibilidade, ilicitude e culpa

Do anteriormente exposto resulta que a cognoscibilidade individual da realização do facto típico releva em todos os casos para o tipo de ilícito, sendo certo que os dois primeiros elementos dessa cognoscibilidade, relevam logo para efeitos do próprio conceito de acção. Não se justifica, portanto, considerá-la relevante apenas em sede de culpa, seja em todos os casos, seja apenas quanto a agentes com capacidades superiores às da média.

Pressuposto essencial do juízo de culpa é a cognoscibilidade individual da ilicitude, uma vez que o juízo de culpa censura a falta de motivação pelo direito,

¹²³² Como dissemos, a cognoscibilidade existe necessariamente na negligência consciente, tal como no crime doloso, porque em ambos os casos há consciência da situação perigosa como parte da representação da realização do tipo.

¹²³³ É, porém, certo que há ainda outros elementos do sujeito a ter em conta na análise da evitabilidade da acção típica – como seja, por exemplo, o tempo de reacção – e que não têm que ver com a cognoscibilidade.

apesar da consciência ou da possibilidade de consciência da ilicitude e da exigibilidade dessa motivação. Quer isto dizer que a cognoscibilidade individual que releva em sede de culpa é directamente relativa à ilicitude e não à realização do facto típico. Tal cognoscibilidade é condicionada pela cognoscibilidade da regra de direito aplicável e da sua efectiva aplicação ao caso. É claro que a aplicação ao caso depende da realização do facto típico e que esta, na negligência inconsciente, pressupõe por sua vez a cognoscibilidade dessa realização. Neste sentido, a cognoscibilidade da realização do facto típico é um pressuposto indirecto da cognoscibilidade individual da ilicitude e, portanto, da culpa, do mesmo modo que todos os pressupostos da ilicitude são pressupostos indirectos da culpa. A consequência desta concepção é uma teoria unitária da culpa comum à negligência e ao dolo, uma vez que em ambos os casos é idêntica a base ou critério de valoração da culpa. O conhecimento da ilicitude, que pode existir no dolo e na negligência consciente, implica também sempre cognoscibilidade. O desenvolvimento de uma tal teoria excederia, porém, claramente o objecto do presente estudo.

Muitos dos autores que tratam da capacidade individual de conhecer a realização de facto típico na culpa, baseiam-se numa ideia de que na culpa se censura o sujeito em concreto, enquanto na ilicitude se reprova o acto em geral. Assim sendo, um elemento do sujeito em concreto, como é a cognoscibilidade individual da realização do facto típico, só poderia relevar para a culpa. Mas esse critério de distinção entre ilicitude e culpa está fundamentalmente errado. Na verdade, tanto na ilicitude como na culpa se aplicam critérios gerais a circunstâncias ou elementos concretos do facto e do sujeito. A diferença está em que enquanto na ilicitude esses critérios gerais têm que ver com as razões da proibição do comportamento, tendo em vista os bens jurídicos ofendidos ou ameaçados – são, por isso, critérios do dever jurídico de agir ou omitir –, na culpa têm que ver com a motivação ou determinação do agente por esse mesmo dever jurídico – são, pois, critérios do dever de motivação ou determinação de acordo com o direito. Temos, assim, quer na ilicitude quer na culpa, violações de deveres com diferente conteúdo, quer no que se refere à norma geral aplicável ao

caso (às circunstâncias gerais que fundamentam a valoração do facto como ilícito ou como culpa), quer no que se refere ao caso concreto (às circunstâncias concretas que fundamentam o desvalor do ilícito e o desvalor da culpa). Como tem de haver uma exacta correspondência entre as circunstâncias gerais da norma e as circunstâncias concretas do caso, o caso é sempre um caso de certo género de casos¹²³⁴.

Vimos também atrás que ENGISCH, relativamente às circunstâncias que fundamentam o juízo de cognoscibilidade, distingue entre a base do juízo, que é composta pelas circunstâncias concretas, e o critério desse juízo, constituído pelas circunstâncias gerais objectivamente determinadas pela experiência média. Já atrás criticámos esta terminologia, bem como a doutrina que através dela se exprime. Com efeito, quer o “critério” quer a “base” se devem determinar objectivamente, uma vez que não é o juízo do próprio que decide sobre os limites do seu poder. Porém, nada conceptualmente impede que as circunstâncias individuais (não todas, naturalmente, mas apenas as que correspondem ao critério) sejam critério do juízo de cognoscibilidade. Terminologicamente, é mais natural fazer corresponder o critério à sua base, ou seja, às circunstâncias de que depende positivamente ou negativamente o juízo de cognoscibilidade. A distinção relevante será antes entre a definição da base, por um lado, e a verificação da existência da realidade dessa base. Ora, posto que são as capacidades e outras circunstâncias individuais que são critério ou base do juízo de cognoscibilidade, a definição desse critério – ou base –, isto é, a definição de quais as capacidades e circunstâncias individuais que são relevantes para decidir do poder individual de conhecer o perigo de realização do facto típico, deve ser feita em função do estado actual do conhecimento científico e, nomeadamente, da psicologia e da neurociência, estudo a que se procedeu anteriormente. Do mesmo modo, a questão da verificação na realidade das circunstâncias individuais assim definidas é uma questão empírica, que se responde com base na prova, que depende novamente dos conhecimentos científicos. Estes

¹²³⁴ O que dizemos da cognoscibilidade vale igualmente para todos os conceitos aplicáveis ao agente individual, como os do poder ou capacidade individual.

esclarecimentos têm plena aplicação no presente contexto da distinção entre ilicitude e culpa. A questão da definição do critério ou base do juízo de cognoscibilidade individual deve distinguir-se da verificação da existência da realidade correspondente, quer quando se trata da cognoscibilidade individual da realização do facto típico, que fundamenta a ilicitude, quer quando se trata da cognoscibilidade individual do ilícito, que fundamenta a culpa. A cognoscibilidade média não é relevante nem para a ilicitude nem para a culpa.

CONCLUSÕES

Conclusões da Parte I

(Análise crítica da investigação antecedente)

A cognoscibilidade individual da realização do facto típico como tipo subjectivo específico do crime negligente inconsciente

I. A reconstrução racional da tese de ENGISCH de que a cognoscibilidade é o elemento específico da negligência inconsciente

1. O percurso pela história dogmática da negligência permite concluir que a cognoscibilidade individual da realização do facto típico constitui o tipo subjectivo específico do crime cometido com negligência inconsciente.

2. A demonstração do carácter específico e da essencialidade da cognoscibilidade como elemento caracterizador da negligência foi, pela primeira vez de forma mais desenvolvida, feita por ENGISCH em dois passos: o primeiro passo levou-o da evitabilidade ao dever de cuidado e o segundo do dever de cuidado à cognoscibilidade. Esta centralidade da cognoscibilidade como elemento caracterizador da negligência foi, posteriormente, reafirmada por uns – como, por exemplo, o primeiro WELZEL, JAKOBS, SCHRODER, DUTTGE e HOYER – e negada por outros – designadamente por ROXIN, ARTHUR KAUFMANN, KÖHLER ou STRATENWERTH. As teses centrais de ENGISCH são de manter, integrando-as, porém, numa reconstrução racional que corrija o enquadramento sistemático que aquele autor lhe deu e que é tributário de uma sistemática que se deve considerar entretanto superada.

3. ENGISCH parte da caracterização positiva da negligência como violação do dever de cuidado. Reconhece, porém, que tal caracterização, embora verdadeira, não é específica da negligência. De todo o modo é mérito definitivo deste autor a inclusão da matéria do dever de cuidado na negligência na teoria do tipo de ilícito.

4. ENGISCH começa por considerar como duas formas de cuidado a omissão da actuação perigosa nos crimes de resultado por acção e a actuação exterior em situação perigosa nos crimes de omissão. Porque, porém, configura esses comportamentos como meramente objectivos, abstraindo da dimensão subjectiva da acção e da omissão, conclui que estas formas de cuidado são comuns quer aos crimes dolosos quer aos crimes negligentes de resultado. Se se adoptar, porém, o dogma finalista da acção como unidade de sentido de elementos objectivos e subjectivos, que só ela pode fundamentar juízos de ilicitude e ser objecto de normas de ilicitude, dogma que é hoje geralmente aceite, então há que distinguir a proibição da acção dolosa da proibição da acção negligente e, correspondentemente, o dever de cuidado de omitir uma acção dolosa perigosa do dever de cuidado de omitir uma acção negligente perigosa.

5. A especificidade da violação do dever de cuidado na negligência está, antes de mais, na necessidade da demonstração autónoma da evitabilidade individual na determinação dessa violação e, consequentemente, desta forma do crime. Com efeito, a evitabilidade individual do processo causal é inquestionável no dolo, já que o mesmo foi iniciado pela escolha dolosa da sua realização, em confronto com a possibilidade de escolha de evitar essa realização. Não havendo acção dolosa tem de se perguntar, separadamente, pela evitabilidade em concreto para que se possa imputar um qualquer resultado a um sujeito individual. Na sua falta não se pode dizer que ele produziu esse resultado. É precisamente porque ele era para o agente evitável que se pode dizer que o resultado está na sua esfera de domínio, lhe pertence; que se pode falar de uma acção sua de o produzir. Pela mesma razão, na negligência, o dever de cuidado de não produzir o resultado depende essencialmente da verificação dos pressupostos da evitabilidade.

6. Condição necessária da evitabilidade individual é, por sua vez, a cognoscibilidade individual da realização do facto típico. Esta, porém, está implicada na negligência consciente pela consciência ou representação da possibilidade de realização do tipo. Só na negligência inconsciente é que aquela cognoscibilidade tem de ser averiguada separadamente. Ela é, portanto, o único elemento do tipo de ilícito que é específico da negligência inconsciente.

7. Estas relações conceptuais são acentuadas por autores tão diversos como BINDING, ENGISCH, JAKOBS, DUTTGE e HART. As diferenças entre eles situam-se apenas na relevância que dão ou não a uma evitabilidade por parte do sujeito mais capaz, a averiguar separadamente em sede de ilicitude, e em tratarem ou não apenas em sede de culpa de todos ou de uma parte dos requisitos da evitabilidade para o sujeito em concreto.

8. O dever de cuidado na negligência inconsciente implica o dever de consciência ou representação da situação de perigo – a que ENGISCH preferentemente chamava dever jurídico de atenção – nos limites da cognoscibilidade individual.

II. A aceitação da cognoscibilidade individual como elemento central da negligência pela doutrina posterior a ENGISCH

WELZEL

9. Apesar das sucessivas e profundas alterações que a doutrina de WELZEL sobre a negligência sofreu desde 1935, manteve-se constante a tese de que a previsibilidade para o sujeito em concreto é uma característica imprescindível da negligência inconsciente. As diferenças quanto a este ponto das várias versões da sua doutrina finalista resultam de diferenças na colocação sistemática deste requisito – no tipo de ilícito ou na culpa – e nas razões para tal aduzidas.

10. Para o WELZEL de 1935, a previsibilidade em concreto é uma condição da evitabilidade em concreto do resultado – através de um comportamento regulado finalisticamente pela vontade – e com ele da realização do tipo nos

crimes negligentes. É ela que permite dizer que o curso causal e o resultado não evitados pertencem ao sujeito como acção e como obra suas. Esta mesma estrutura verifica-se na negligência inconsciente no estágio anterior, no momento em que uma situação de facto ôntica se apresenta conscientemente à vontade como fundamento ideal para orientar o comportamento futuro para possibilidades determinadas. WELZEL separava então claramente a capacidade de acção da capacidade de culpa em todas as formas do dolo ou negligência.

11. Em 1939, porém, passou a entender que na negligência inconsciente a falta de previsão finalista se reconduz a uma incorrecta tomada de posição valorativa do autor e que, por consequência, nela o tipo de ilícito está dependente da capacidade de culpa do agente, sendo assim inseparáveis culpa e ilicitude. Esta doutrina foi generalizada por WELZEL em 1943 para toda a negligência, mas era má doutrina, porquanto a incapacidade de culpa, como incapacidade de motivação normal pelo dever através de uma decisão valorativa estruturante da personalidade, não exclui a capacidade de agir, que tem de reconhecer-se ao inimputável quando age, não intervindo apenas mecanicamente no curso causal

12. A partir de 1961, WELZEL volta a acentuar a distinção entre o tipo de ilícito e a culpa em toda a negligência, consciente ou inconsciente, passando então a entender que “não é o dever mas a censurabilidade da violação do dever que é limitada pelos elementos subjectivos da falta individual de previsibilidade ou de sabedoria”. Para tanto, baseia-se na presunção de que o autor pode sempre omitir a acção final que não corresponde à acção materialmente correcta e devida. Mas esta presunção é manifestamente errada. Na verdade, a capacidade de omitir não tem limites diferentes da capacidade de agir; ambas são simultaneamente capacidade de agir ou omitir, que se pode verificar ou não. Isto é particularmente evidente na negligência inconsciente, em que a acção que realiza o tipo só pode ser omitida se houver previsibilidade da sua realização pelo sujeito concreto, previsibilidade essa que pode ou não verificar-se.

JAKOBS

13. Para JAKOBS a cognoscibilidade está ligada à sua teoria funcional da norma penal, que para este autor é emitida pelo legislador para evitar determinados resultados através dos seus efeitos sobre a motivação dos seus destinatários. Pressuposto da norma é o poder de evitar, que implica o poder ou força actual e não hipotética, de tornar dominante o motivo de evitar, que se verifica com a cognoscibilidade para o sujeito de que a evitação do resultado está no seu actual poder. Estas posições de JAKOBS, no essencial, retomam as do primeiro WELZEL, procurando integrá-las numa teoria normativa mais ampla, mas de modo a manter as teorias da evitabilidade e da cognoscibilidade logo ao nível do tipo de ilícito, opondo-se às teses da inseparabilidade da ilicitude e da culpa na negligência.

14. Na sua formulação posterior JAKOBS caracteriza a negligência duplamente, de forma negativa como falta de conhecimento da realização do tipo, isto é, como erro e, positivamente, como cognoscibilidade da realização do tipo ou evitabilidade do erro. Só quando as circunstâncias pertencentes ao tipo legal de crime forem cognoscíveis para o autor se pode afirmar uma actuação negligente. Este autor distingue ainda a negligência, como tipo subjectivo do ilícito, caracterizado como cognoscibilidade da realização do tipo, da acção negligente, que constitui um acto ilícito porque a realização do tipo cognoscível era evitável. Esta distinção de JAKOBS entre a cognoscibilidade individual como característica do tipo subjectivo do ilícito e a evitabilidade individual como característica da acção negligente é, contudo, difícil de conceber, uma vez que a evitabilidade individual depende da cognoscibilidade individual.

15. JAKOBS entende ainda incluir na teoria do tipo objectivo uma teoria da imputação objectiva que não tem em conta os elementos do sujeito em concreto, mas apenas os elementos do sujeito enquanto portador de um determinado papel ou função social. Por consequência, no caso de capacidades inferiores às esperadas do titular da função, há, para JAKOBS, lugar à imputação objectiva do

ilícito. Já no caso de capacidades superiores, este autor não imputa o resultado acima da responsabilidade funcional do sujeito, invocando aí o risco permitido. Não se vê, porém, como pode a norma garantir expectativas sociais para além das capacidades reais dos seus destinatários. Isso é, aliás, implicitamente reconhecido pelo próprio JAKOBS, ao negar num segundo momento a imputação subjectiva aos sujeitos de capacidades inferiores. Nesta hipótese, JAKOBS deveria reconhecer que, segundo os seus próprios pressupostos, não há evitabilidade (e na negligência inconsciente não há cognoscibilidade), pelo que também não pode haver acção típica. Já quanto aos sujeitos detentores capacidades superiores, JAKOBS acaba por fazer a norma garantir menos expectativas do que pode garantir em função dos interesses que visa defender.

16. JAKOBS defende ainda um conceito de acção como “causação de resultado típico individualmente evitável”, abrangente de todos os tipos de crime comissivos dolosos ou negligentes, e um supraconceito de comportamento como “evitabilidade de uma diferença de resultado”, abrangente quer da acção, quer da omissão. Ora, este conceito de evitabilidade de uma diferença de resultado é um conceito comum a todos os tipos de crime, que necessariamente integra a base da valoração da tipicidade. Para servir como base de uma valoração tem de poder ser compreendido e determinado independentemente dessa valoração. Neste sentido é um conceito da vida social anterior ao direito e inteligível sem ele. A sua escolha por JAKOBS não é arbitrária, antes pressupondo a aceitação por este autor das regras da vida social e da linguagem. Assim, é porque uma certa diferença de resultado é evitável que se pode dizer que essa diferença está no poder de um sujeito pessoal: que lhe é atribuível como acção sua. Há, assim que concluir que o funcionalismo do último JAKOBS não dispensa os seus anteriores conceitos de base fenomenológica, que recebera do primeiro WELZEL.

SCHROEDER

17. Também para SCHROEDER a cognoscibilidade da realização do tipo é o elemento específico da negligência inconsciente. SCHROEDER distingue, a este propósito, entre pressupostos fundamentais da cognoscibilidade da realização do tipo (cognoscibilidade da situação de facto, previsibilidade da acção própria e das acções dos outros e das suas consequências) e factores de cognoscibilidade (meios de conhecimento, tempo, ocasião). Há, porém, que questionar dois pontos fundamentais da sua análise: em primeiro lugar, SCHROEDER não exige consciência das circunstâncias de facto que são a base da cognoscibilidade, que não chega sequer a especificar. Argumenta que, a fazer-se tal exigência, o cidadão cuidadoso seria tratado mais duramente que o indiferente. Este argumento esquece, contudo, que o cuidado aqui relevante consiste na representação do perigo, e tanto o cidadão atento como o desatento faltam igualmente ao cumprimento do dever de representação, e que a previsibilidade do perigo é condicionada pela consciência dos sinais desse perigo. Em segundo lugar, a determinação dos pressupostos e dos factores de cognoscibilidade é feita por SCHROEDER segundo um critério duplo: geral e individual. O critério geral seria relevante em sede de ilicitude, através da definição de um critério objectivo, que, segundo SCHROEDER, tem a importante função de estabelecer padrões de comportamento, cuja interiorização é necessária para a prevenção geral positiva. O argumento da necessidade de interiorização do critério objectivo para a prevenção geral não procede, porque a interiorização do dever faz-se independentemente das ocasiões em que o mesmo se concretiza, que são aquelas em que ele pode individualmente ser cumprido. Por outro lado, também o argumento de que a inclusão de capacidades especiais no juízo da negligência necessariamente paralisa de forma inconveniente medidas espontâneas para evitar o resultado não procede, pois não há nenhuma prova de que a aquisição de capacidades e conhecimentos seja desincentivada pelo acréscimo de responsabilidade que acompanha essa aquisição. Pelo contrário, é mais razoável admitir que se a responsabilidade não acompanhar a capacidade haverá menos motivação para o pleno exercício da capacidade.

DUTTGE

18. Também para DUTTGE o único critério genuíno e específico da negligência é o da cognoscibilidade individual da realização do facto típico. É certo, como admite, que se se entender este critério “como ‘um momento puramente intra-psíquico’, nomeadamente no sentido de que a pessoa não tem de prever ‘um resultado ilícito mas que possuir a capacidade intelectual de o prever’ (RADBRUCH), então poderia levantar-se contra ele a justa objecção de uma amplitude sem limite, o que necessariamente afectaria a sua prestabilidade”. Esta crítica é ultrapassada por DUTTGE através da introdução de uma delimitação normativa decorrente da construção de um dever de prever quando se verifique a por si denominada “ocasião certa”. DUTTGE pretende fixar, de uma vez por todas, as características relevantes, entendidas como categorias de percepção, comuns a todos os indicadores de perigo que integram, quando atingida uma certa média aritmética dos valores daquelas características, a ocasião certa, como meio de delimitar a cognoscibilidade como característica geral da negligência punível. Ora, a discussão circunstanciada da valoração da ilicitude em cada espécie de casos, que se faz tradicionalmente através da determinação de conceitos à partida vagos – como são os de dever de agir, evitabilidade, cognoscibilidade, risco não permitido –, não pode ser substituída pela aplicação, só aparentemente simples, de uma fórmula aritmética.

19. O conceito de percepção dos indicadores de perigo que DUTTGE adopta deixa de fora o possível juízo de previsão, que é essencial para a cognoscibilidade quer do perigo quer da realização do facto típico, pelo que não tematiza a relação entre o juízo de previsão e outros elementos do sujeito. É certo que DUTTGE considera a probabilidade do perigo como uma das categorias da percepção, mas, do nosso ponto de vista, o que é relevante para a cognoscibilidade é o juízo subjectivo de previsão e não a probabilidade objectiva.

20. DUTTGE desloca o substrato ontológico em que pretende ancorar a negligência, do comportamento do sujeito para as circunstâncias objectivas do

mesmo. É assim que se serve de categorias de percepção para classificar os indicadores de perigo que lhe permitem determinar a ocasião certa. Porém, com isso, em vez de as relacionar directamente com a cognoscibilidade do sujeito, relaciona-as directamente com os indicadores de perigo. Dessa forma, com a delimitação normativa da previsibilidade individual pela ocasião certa, DUTTGE acaba, do nosso ponto de vista incorrectamente, por ligar a negligência inconsciente a um dever prever jurídico em vez de a ligar a um poder prever psicológico.

HOYER

21. A posição de HOYER quanto à cognoscibilidade ou previsibilidade individual como critério da negligência inconsciente diverge da de DUTTGE precisamente quanto ao último ponto atrás referido, da delimitação normativa da previsibilidade individual. Também HOYER considera que a extensão da punibilidade da negligência a todo o risco que o agente seria capaz de prever, no pressuposto de dedicar a essa previsão todo o esforço de que teria sido capaz até ao momento da acção, seria uma limitação inaceitável da liberdade geral de acção. Em vez de recorrer, porém, como DUTTGE, a um critério objectivo de definição de momentos de ocasião, HOYER considera suficiente uma delimitação subjectiva pelo poder prever psicológico. Este último, porém, é necessariamente limitado pelo conhecimento de indicações de risco. Limitando-se, contudo, a uma classificação de hipóteses de previsibilidade – ora com fundamento em conhecimento já existente, ora com base em indicações de falta de conhecimento –, falta a HOYER o estudo com base científica dos elementos necessários à cognoscibilidade individual e dos elementos do sujeito que podem, por sua vez, influenciar os anteriores.

III. Discussão de argumentos em contrário da doutrina posterior a ENGISCH

22. O argumento que tem sido recorrentemente deduzido contra a cognoscibilidade como elemento específico do tipo subjectivo de ilícito da negligência inconsciente, por autores como ARTHUR KAUFMANN, ROXIN, KÖHLER ou, entre nós, FIGUEIREDO DIAS ou PAULA RIBEIRO DE FARIA, é o de que não há qualquer elemento subjectivo relativo ao resultado típico na negligência inconsciente. Contra este argumento há que fazer notar que a consciência de circunstâncias exteriores que são sinais de perigo de verificação do resultado é um elemento psicológico real, que pode fundamentar a cognoscibilidade como uma possibilidade ou capacidade psicológica que caracteriza realmente o sujeito e que se relaciona com o resultado típico.

23. Não é coerente defender, como ROXIN ou FIGUEIREDO DIAS, que na negligência inconsciente basta o mero tipo objectivo para fundamentar o juízo e a valoração da ilicitude e, ao mesmo tempo, sustentar a relevância das capacidades superiores do sujeito logo ao nível do tipo de ilícito.

24. O fundamento último da valoração como ilícito da negligência inconsciente não é diferente da mesma valoração das outras formas do ilícito. Assim como faz sentido comandar e proibir dentro dos limites do que está no poder de agir ou omitir do destinatário da proibição ou do comando, faz sentido valorar como ilícita a acção ou a omissão que o sujeito pode conhecer como objecto possível da proibição ou do comando, e cuja realização controla, ou porque faz dela um fim consciente – caso do crime doloso – ou porque pode, com base nos conhecimentos que tem, reconhecer a possibilidade dessa realização – caso do crime negligente.

Conclusões da Parte II

(Contributo das ciências cognitivas para a afirmação da cognoscibilidade individual da realização do facto típico como elemento essencial da negligência inconsciente)

25. Um Direito Penal que se proponha justificar cabalmente as suas propostas normativas como justas e eficazes não pode prescindir dos contributos das outras ciências sobre o seu próprio objecto de valoração. Não se trata de substituir as afirmações de valor próprias do Direito Penal por afirmações de facto próprias de outras ciências, mas de apoiar aquelas afirmações de valor em dados ontológicos firmes à luz dos conhecimentos já adquiridos por essas outras ciências.

26. De entre as várias disciplinas que se debruçam sobre os temas da cognição, da consciência e do seu processo e da acção humana – como a filosofia, a psicologia ou a biologia –, é a neurociência que tem alcançado resultados mais importantes.

27. Das mais recentes investigações na área da neurociência e da psicologia cognitiva decorre um contributo decisivo para a delimitação do conceito de acção e, a partir daí, (i) para o reconhecimento da cognoscibilidade individual da realização do facto típico como elemento essencial da negligência inconsciente, (ii) para a determinação dos elementos essenciais dessa cognoscibilidade e (iii) para a identificação dos principais factores que os influenciam.

I. O contributo da neurociência para a essencialidade da cognoscibilidade individual da realização do facto típico.

28. Particularmente importantes são as investigações, baseadas em dados experimentais, de BENJAMIN LIBET acerca da relação entre consciência e acção, das quais decorre um importante contributo para a delimitação do próprio conceito jurídico-penal de acção e, a partir desse contributo, para a afirmação da

cognoscibilidade individual da realização do facto típico como elemento central da negligência inconsciente.

29. Devido às investigações de LIBET, o Direito Penal vê questionada a estrutura da acção voluntária, mas não os princípios que estão na base da atribuição da responsabilidade penal, nomeadamente, a necessidade de controlo por parte do agente para haver responsabilidade. Isto é, LIBET coloca em causa a estrutura da acção dolosa ao demonstrar que a decisão de actuar não é tomada conscientemente no final de um processo deliberativo mas, antes, de forma inconsciente. O que justifica a conclusão de que, ainda assim, estamos perante uma acção voluntária é, segundo LIBET, a possibilidade de veto, que surge após a tomada de consciência da decisão. Dito de outra forma, o controlo deixa de estar num processo deliberativo consciente e passa a estar na tomada de consciência após a decisão, uma vez que atribui ao sujeito a possibilidade de a vetar.

30. A possibilidade de veto só poderia não ser entendida como expressão de livre arbítrio se a decisão de vetar fosse ela própria resultado necessário de um processo não consciente precedente, que se tornaria apenas consciente no momento da chamada decisão de vetar. Ora, LIBET afirma que até aos nossos dias não há prova experimental de um processo inconsciente precedente especificamente dirigido ao veto, para além do processo inconsciente da acção já iniciada e do processo de consciencialização dessa acção e das circunstâncias que a determinaram. E LIBET defende até que, embora não exista ainda prova científica irrefutável, vários factores apontam no sentido de que “o veto consciente poderá não requerer ou ser resultado directo de um processo não consciente precedente”. Isto porque o veto consciente é, segundo afirma, uma “função de controlo”, diferente do simples ficar consciente da decisão de actuar, não havendo “nenhum imperativo lógico decorrente de qualquer teoria sobre a relação entre a mente e o cérebro que requeira uma actividade neuronal específica que preceda e determine a natureza de uma função de controlo consciente”, nem “prova experimental contra a possibilidade de um processo de

controle poder surgir sem um desenvolvimento específico de um processo não consciente precedente”.

31. Quer na linguagem vulgar quer no Direito Penal, entende-se que se justifica falar de acção sempre que há poder de controle, que é aqui entendido como evitabilidade da acção. Controle é o poder de intervir causalmente. Ora, uma das mais-valias das investigações de LIBET está precisamente em contribuir para delimitar o conceito de controle, demonstrando que também existe quando a consciência surge depois da decisão de actuar devido à possibilidade de intervenção consciente no processo causal dada pela possibilidade de veto. As investigações de LIBET confirmam assim, embora alarguem, a ideia tradicional de que o controle se faz pela consciência.

32. Transportando esta discussão para as hipóteses de negligência inconsciente, em que não chega sequer a haver consciência da possibilidade de realização do facto típico, dela decorre que haverá possibilidade de controle (e, portanto, acção) se houver possibilidade de consciência da decisão de realizar a acção típica. Com efeito, uma vez que o controle se processa sempre através da consciência, há que concluir que só se pode controlar/evitar o que se puder conhecer. Portanto, o poder conhecer o que se pode evitar é o limite do controlável e, logo, da possibilidade de falar em acção negligente inconsciente. E, sendo assim, como efectivamente a neurociência demonstra que é, chegamos, também por esta via, à centralidade da ideia de cognoscibilidade no âmbito da negligência inconsciente.

II. Concretização, a partir da neurociência, dos elementos necessários à cognoscibilidade individual da realização do facto típico

33. A pergunta decisiva, a partir daqui, passa a ser a de saber de que é que depende a possibilidade de conhecer de que, por sua vez, depende a possibilidade de controlar. Com efeito, se, na negligência inconsciente, o fundamento da responsabilidade penal se encontra, antes de mais, na possibilidade de prever

(cognoscibilidade), tem então que se demonstrar que o agente podia controlar a possibilidade de prever a realização do facto típico.

34. Com base em estudos efectuados no âmbito da neurociência, é possível concluir que a possibilidade de conhecer a realização do facto típico depende, mais uma vez, da consciência. Agora, da consciência de algo que permita a possibilidade efectiva da consciência da decisão penalmente relevante, ou seja, da realização do facto típico. Esse algo serão o que designamos por “sinais objectivos de perigo”, no sentido de sinais relacionáveis com o facto típico, uma vez que só está no nosso poder representar algo (facto típico) se tivermos representação (consciência) de algo ligado causalmente com esse facto típico.

35. Para esta conclusão contribuíram fundamentalmente os trabalhos de CHRISTOF KOCH sobre a consciência, nomeadamente sobre a distinção entre a consciência visual e a detecção visual ou visão sem consciência e sobre as funções da consciência. Destas investigações KOCH retira que é a consciência que permite convocar as partes do cérebro responsáveis pelo raciocínio e planificação, constituindo uma condição necessária (um pressuposto), embora ainda não suficiente, da possibilidade de controlar o que se prevê. Com efeito, se só a consciência permite que a situação exterior (para o que nos interessa, os sinais objectivos de perigo) se apresente de forma acessível às partes do cérebro que planeiam e são responsáveis pela elaboração de raciocínios inteligentes pelo tempo suficiente para permitir escolher uma de entre várias possibilidades de comportamento, daí decorre necessariamente que só a consciência dessa situação exterior (dos sinais objectivos de perigo) dá a possibilidade ao agente de raciocinar sobre cada uma dessas alternativas de acção e antecipar as previsíveis consequências de cada uma delas. Isto é, só através da consciência é possível ao agente controlar a possibilidade de formular raciocínios (e aqui, juízos de previsibilidade).

36. Esta conclusão decorre igualmente das investigações a que procederam MYLNER e GOODALE. Como demonstram estes autores, são as transformações

operadas no fluxo ventral (ventral stream) que permitem a formação de representações perceptivas de longo prazo, que constituem o conteúdo da nossa consciência visual. Essas representações desempenham um papel essencial na identificação dos objectos e eventos e permitem-nos classificá-los, atribuir-lhes sentidos e significados e estabelecer relações causais, operações que são essenciais, designadamente, para planear futuros cursos de acção.

37. Sobre o conceito de sinais objectivos de perigo, objecto necessário da consciência para se poder controlar o que se prevê, trata-se, antes de mais, de um conceito respeitante à causalidade possível de certos antecedentes relativamente à realização do facto típico. Por consequência, o conceito de perigo aqui relevante é limitado pela extensão máxima do perigo a evitar segundo o tipo legal de crime previsto na norma incriminadora. Podem dizer-se “objectivos” os sinais porque respeitam ao alcance máximo objectivo do tipo legal de crime, que abrange, como na causalidade adequada, todos os antecedentes – ou sinais objectivos de perigo – de nexos causais da realização do facto típico que são previsíveis pelo mais sábio dos homens na posição do agente.

38. O conceito de sinal objectivo de perigo é um conceito normativo, que se recorta dentro do conceito científico de causa ou, mais rigorosamente, de condição *sine qua non*, incluído no conjunto de condições – ou causa total – da realização do facto típico, segundo o estado actual da ciência natural.

39. O sinal objectivo de perigo poderá, pois, ser definido como elemento ou factor ou conjunto de elementos ou factores de cuja consciência decorre a possibilidade de formulação de um juízo de previsibilidade de realização do facto típico, nos termos de um juízo de causalidade adequada formulado a partir do estado de conhecimento existente acerca das leis causais.

40. O sinal objectivo de perigo pode consistir num sinal exterior ao comportamento do agente, numa acção ou omissão deste, em elementos físicos ou psicológicos inerentes ao próprio agente do crime, ou, ainda, na conjugação dos anteriores.

41. A consciência tem de referir-se ao sinal objectivo de perigo que sinaliza o risco que efectivamente se materializa no resultado, pois é na possibilidade de controlar esse processo perigoso (agindo ou omitindo) que se vai fundamentar a responsabilidade do agente.

42. A consciência do sinal objectivo do perigo a que nos referimos é a consciência sensorial ou cognitiva como forma de “subjectividade qualitativa”, como experiência subjectiva do sinal.

43. Relativamente a alguns elementos do sinal objectivo de perigo bastará aquela forma de consciência – também sensorial ou cognitiva – que a doutrina penalística por vezes conceptualiza a propósito do conceito de co-consciência, e de que uma das formas é certamente aquela a que KOCH se refere como “*gist perception*” – ou consciência sumária ou do essencial.

44. A jurisprudência portuguesa sobre a negligência inconsciente preocupa-se geralmente em demonstrar a consciência de um ou mais sinais objectivos de perigo nas situações que tem de julgar, embora, normalmente, não conceptualize a exigência do requisito, nem o relacione com a cognoscibilidade da realização do facto típico, que verdadeiramente o justifica.

45. Para a cognoscibilidade da realização do facto típico não basta a consciência do(s) sinais objectivos de perigo. A possibilidade de representar a realização do facto típico pressupõe, ainda, que o agente seja capaz de, a partir da representação dos sinais objectivos de perigo, elaborar os raciocínios lógicos que permitem a ligação daquilo de que ele tem consciência ao próprio facto típico. Isto implica que o agente tem de poder conhecer as leis causais que permitem ligar esses sinais objectivos de perigo – e as várias alternativas de acção de que dispõe – à realização do facto típico e ao modo de o evitar. Por consequência, o agente deverá ainda (i) ter ou poder ter consciência (por outras palavras, representar ou poder representar) da própria decisão de actuar num ou noutro sentido (sendo certo que este elemento não tem autonomia relativamente à própria consciência do sinal objectivo de perigo, quando o próprio

comportamento é, por si só ou em conjugação com um sinal exterior, constitutivo do sinal objectivo de perigo); (ii) poder ter consciência do perigo não só abstracto como concreto da realização do facto típico através da sua acção; (iii) poder ter consciência da sua capacidade de evitar esse perigo (que implica representar o meio de evitar e a disponibilidade dele).

III. Principais factores condicionantes da consciência dos sinais objectivos de perigo e dos demais elementos necessários à cognoscibilidade individual da realização do facto típico

46. De entre os factores mais importantes que podem condicionar a consciência dos sinais objectivos de perigo e os demais elementos necessários à cognoscibilidade individual da realização do facto típico contam-se o tempo, a atenção, a memória, os estados emocionais, ou outros como as expectativas, os preconceitos, as predisposições emocionais não conscientes ou a similaridade. A falha num destes factores pode conduzir à falta de um dos elementos necessários à cognoscibilidade. Na prática a sua análise permitirá identificar, pela negativa, casos em que não se poderá afirmar a existência do tipo subjectivo da negligência inconsciente.

O tempo

47. Como os sinais objectivos de perigo assumem a natureza de estímulos sensoriais ou cognitivos, a tomada de consciência dos mesmos implicará, como demonstrou LIBET, o decurso de um lapso de tempo não inferior a 0,5 segundos. Nessa medida, quando entre o surgimento do sinal objectivo de perigo e a resposta do agente medeie menos do que aquele período de tempo, não poderá falar-se em acção negligente inconsciente, por falta do primeiro dos seus pressupostos – a consciência dos sinais objectivos de perigo.

48. Mas as consequências das experiências de LIBET não se projectam só no primeiro elemento da cognoscibilidade. Algumas experiências tratam igualmente do tempo necessário à possibilidade de consciência da decisão de reagir ao

estímulo num determinado sentido ou, em termos ainda mais genéricos, do tempo necessário à elaboração, com possibilidade de consciência, dos raciocínios (essencialmente, juízos de previsibilidade) que estão na base dos demais elementos da cognoscibilidade. Assim, pode igualmente ser de negar a existência de negligência inconsciente já não por falta de tempo para a consciência do estímulo – do sinal objectivo de perigo –, mas por falta de tempo para, com possibilidade de consciência – e, portanto, com possibilidade de controlo –, formular juízos de previsibilidade sobre as potenciais consequências da acção em que se consubstancia a resposta a esse estímulo ou sobre os meios de as evitar.

49. O tempo – *rectius*, a sua falta – pode, assim, gerar uma resposta automática, que não consubstancia uma acção negligente, seja por falta de tempo para a consciência do sinal objectivo de perigo, seja por falta de tempo para a possibilidade de tomada de consciência dos raciocínios subsequentes, que são a base dos demais pressupostos da cognoscibilidade.

A atenção

50. Contra uma certa orientação, proveniente principalmente dos campos da filosofia e da psicologia, para quem atenção e consciência não se distinguem, a investigação empírica mais recente tem acentuado que estamos perante duas entidades, processos ou funções separadas, importando saber se, e em que medida, a primeira pode influenciar a segunda.

51. Partindo, por um lado, da constatação de que somos, a cada momento, confrontados com uma enorme multiplicidade de estímulos e, por outro, de que o nosso sistema de processamento de informação tem uma capacidade limitada, concordam os investigadores em que é inevitável que apenas alguns desses estímulos sejam seleccionados, enquanto outros serão ignorados. É nesse sentido que todos concordam em atribuir à atenção uma função selectiva.

52. A investigação efectuada, nomeadamente por NILLI LAVIE, demonstra que a atenção desempenha um papel essencial na consciência, especialmente em

situações em que a atenção esteja completamente carregada com o processamento de informação relevante para a tarefa que o agente está a desempenhar. Nestas hipóteses, a não direcção da atenção a essa outra informação impede-a de chegar à consciência (teoria da carga perceptiva).

53. Alguns estudos já efectuados no âmbito das ciências cognitivas na área da atenção poderão permitir, na prática – designadamente na prática jurídica –, confirmar a presença ou ausência, em diversas situações, dos elementos necessários à cognoscibilidade, nomeadamente da consciência dos sinais objectivos de perigo.

54. Quanto às questões de saber o que leva a atenção a dirigir-se para certos estímulos – e, em consequência, a levá-los ao estado de consciência – e não para outros, e se pode o sujeito controlar a que estímulos dirige a sua atenção, a investigação disponível tem feito uma distinção entre duas formas ou mecanismos de seleccionar o objecto da atenção que designa, respectivamente, por de cima para baixo (*top-down*) ou de orientação endógena, e de baixo para cima (*bottom-up*) ou de orientação exógena.

55. Na primeira forma (*top-down*), a selecção do objecto da atenção é orientada ou dirigida endogenamente para uma região do campo visual, atributo ou objecto específico em função de uma ideia, instrução ou tarefa pré-determinada. Trata-se de uma forma de orientação da atenção que está, inequivocamente, sob o controlo da vontade.

56. Na segunda forma (*bottom-up*), a selecção do objecto da atenção é determinada pelos traços específicos do próprio objecto, que por serem de tal forma salientes (designadamente por comparação com os objectos que o rodeiam ou por serem familiares) se impõem de uma forma automática. Neste caso, a focalização da atenção no objecto não depende de qualquer tarefa que o sujeito se tenha proposto realizar, nem é controlável pela vontade.

57. Assim, e especificamente quanto à possibilidade de controlar a que estímulos se dirige a atenção, a resposta depende da forma ou mecanismo de seleccionar o objecto da atenção que esteja em causa; nós podemos controlar o objecto da atenção nas situações que descrevemos como sendo de *top-down*, mas já não nas situações de *bottom-up*.

58. Em qualquer destes casos, porém, há um limite que coincide com o limite da própria capacidade de atenção (que se relaciona com o grau de carga perceptiva). Assim, mesmo nos casos de selecção *top-down*, pode acontecer que não seja possível ao sujeito atender a (dirigir a atenção para) um estímulo relevante para a tarefa que está a desempenhar, porque toda a sua capacidade de atenção já está consumida pelo processamento de outros estímulos igualmente relevantes. O mesmo pode, aliás, acontecer nas situações de *bottom-up*, em que, não obstante a saliência do estímulo, o agente não lhe presta atenção porque a sua capacidade está esgotada com o processamento da informação relevante para a tarefa.

59. Nestes casos, tal como nos casos em que a falta de consciência depende da falta de tempo, a falta de atenção que provocou a falta de consciência daquele sinal objectivo de perigo excluirá a responsabilidade por negligência, a não ser que essa responsabilidade se possa fundamentar na verificação dos pressupostos da negligência na aceitação.

60. Quanto à questão de saber se é possível determinar e relacionar as capacidades de atenção disponíveis e exigidas por uma tarefa, de forma a decidir se a carga atencional está alta ou baixa, a investigação disponível revela que a capacidade envolvida no processo de atenção tem sempre limites. Nessa medida, sempre que as exigências excedam a capacidade disponível os níveis de desempenho são, inevitavelmente, afectados.

61. Essa mesma investigação permite ainda avançar mais alguma coisa, quer na concretização dos limites da capacidade (relacionada ou não com a atenção) que é requerida para a execução de uma tarefa, quer na concretização da

capacidade disponível num determinado indivíduo num determinado momento. Esta questão tem sido desenvolvida, quer por recurso ao conceito de carga de trabalho mental (*mental workload*) – conceito que reflecte precisamente a diferença entre as capacidades do sistema do processamento de informação que são requeridas para a execução da tarefa para satisfazer as expectativas e a capacidade disponível num dado momento, ou, de forma mais simples ainda, a diferença entre as capacidades disponíveis e exigidas por uma tarefa – quer por recurso ao conceito de consciência-da-situação (*situation awareness*). A carga de trabalho mental pode ser medida, quer através de medidas fisiológicas, quer através de medidas baseadas na performance quer, finalmente, através de medidas subjectivas. Também a consciência-da-situação, conceito através do qual se procura perceber como se comportam aquelas capacidades perante os aspectos dinâmicos de uma dada situação – a consciência da situação consiste em estar consciente da situação não apenas num determinado momento (numa perspectiva estática), mas também do modo como ela está a evoluir (numa perspectiva dinâmica) – consciência que é suportada pela atenção, mas também pela memória de trabalho e pela memória a longo prazo, pode ser medida, normalmente por medidas subjectivas.

62. Quanto à questão de saber que factor ou factores influenciam, por sua vez, a capacidade de atenção, os diversos estudos disponíveis têm procurado evidenciar, quer a existência de diferenças interindividuais (isto é, de diferenças que se estabelecem entre indivíduos ou grupos de indivíduos) quer a existência de diferenças intra-individuais (ou seja, de diferenças que se podem estabelecer ao longo da vida – ou ao longo de um dia – de cada pessoa).

63. Essas diferenças são notórias em vários processos básicos relacionados com a atenção, tais como, por exemplo, filtrar a informação relevante, manter um estado de vigilância ou dividir a atenção entre duas tarefas a realizar simultaneamente.

64. No que se refere às diferenças interindividuais a investigação disponível mostra que a capacidade de cada pessoa para a realização dos processos básicos relacionados com a atenção – como, por exemplo, focalizar a atenção na informação relevante e ignorar a irrelevante – pode depender de uma multiplicidade de factores de natureza social, motivacional ou cognitiva. Algumas experiências demonstram, por exemplo, que a capacidade para mudar a atenção entre duas ou mais tarefas pode ser eficazmente medida e os seus resultados usados para prever níveis de desempenho em tarefas mais complexas.

65. Particularmente importantes quanto as diferenças interindividuais são, ainda, as experiências relacionadas com a atenção selectiva, que sugerem a existência de uma relação entre a capacidade de evitar os erros do dia-a-dia e a capacidade de ignorar estímulos irrelevantes e entre esta última e a atenção selectiva. As experiências efectuadas demonstram que as pessoas que cometem menos erros do dia-a-dia têm simultaneamente uma maior capacidade para activamente ignorar estímulos irrelevantes e, conseqüentemente, uma maior eficiência na sua atenção selectiva.

66. As diferenças interindividuais na atenção, em especial na capacidade de controlar ou aplicar a atenção, também podem estar relacionadas com o factor inteligência. Uma série de experiências realizadas mais recentemente torna claro que as pessoas mais inteligentes são normalmente melhores a executar tarefas que requerem a atenção, sendo essa ligação mais forte em tarefas que requerem atenção controlada ou manutenção activa de objectivos.

67. No que se refere às diferenças intra-individuais, vários autores evidenciam as diferenças na atenção que se relacionam com os níveis de disposição para a acção e os ritmos circadianos.

68. Outro aspecto da disposição para a acção que tem sido especificamente relacionado com a atenção são os sentimentos subjectivos de energia/fadiga, frequentemente descritos como disposição energética (*energetic arousal*). Vários estudos demonstram que altos níveis de disposição energética (que correspondem

a forte sentimento subjectivo de energia) estão normalmente associados a melhorias no desempenho das tarefas, desde as mais simples às mais complicadas – sendo progressivamente mais facilitantes à medida que a complexidade da tarefa aumenta –, tendo sido sugerido que tal está directamente relacionado com as exigências de atenção da tarefa; i.e., os sentimentos subjectivos de energia traduzem uma disponibilidade das fontes de atenção que podem então ser alocadas a diferentes aspectos do processamento da tarefa, conduzindo a um melhor desempenho.

69. Ainda no âmbito das diferenças intra-individuais outro dos factores que pode condicionar decisivamente a capacidade de realizar processos básicos relacionados com a atenção é a idade. As experiências realizadas demonstram, a este propósito, que os efeitos mais fortes do envelhecimento na atenção são particularmente visíveis em tarefas que requerem o controlo executivo da atenção, como, por exemplo, a capacidade de divisão da atenção, o processo inibitório, a capacidade de mudar de tarefa ou aprender a mudar de tarefa ou, finalmente, a capacidade de monitorizar a sua execução, reconhecer os seus erros e corrigi-los.

70. Nas situações referidas, a falta de atenção também pode provocar a falta de consciência dos sinais objectivos de perigo, ou mesmo a falta de um dos demais elementos da cognoscibilidade, o que, a verificar-se, em princípio excluirá a responsabilidade a título de negligência inconsciente.

71. Existe um importante grupo de situações em que se pode dar uma activação de um processo inapropriado de acção que não é já determinado por uma sobrecarga da atenção, mas, ao invés, por uma subestimulação dos mecanismos atencionais ou, mesmo, por pura distractibilidade. As investigações sobre estas situações fornecem um contributo importante para analisar, do ponto de vista da negligência jurídico-penal, um significativo grupo de casos, que se caracteriza precisamente por, devido a um défice de atenção, acabar por ser desencadeada uma resposta inadequada. Pensamos, concretamente, nas situações

em que um dos pais que, excepcionalmente, naquele dia levou o filho ao infantário, se esqueceu da criança no banco de trás do carro fechado, provocando dessa forma a sua morte por hipertermia.

72. No essencial o que se verifica neste tipo de casos é que há processos que são, por defeito, automaticamente desencadeados por circunstâncias do ambiente e que só podem ser combatidos, quando não forem os adequados, focando ou centrando a atenção – dito de outra forma, mantendo níveis atencionais altos – nos estímulos relevantes para a acção adequada (para deixar a criança no infantário). Na verdade, não se trata aqui de um problema de falta de memória, no sentido vulgar do termo, mas sim de uma hipótese em que o sistema de supervisão atencional, que deveria ter activado um esquema de acção desviante da actividade em curso, falhou num ambiente em que o esquema de acção relacionado com o trabalho vai prevalecer sobre o esquema de acção desviante, que seria adequado para evitar o resultado. Para essa falha podem contribuir decisivamente factores emocionais como o stresse.

73. Do ponto de vista da dogmática da negligência o que importará, então, é saber se a falha de atenção é controlável, por haver consciência dos factores que provocam essa falha (no exemplo dado, o stresse relacionado com o trabalho e a sua distractibilidade nessas situações). Nesse caso esses sinais constituirão eles próprios sinais objectivos de perigo. Aqui a falha de atenção nos elementos relevantes pode levar à responsabilidade do agente, se este teve consciência de factores que o podiam levar a representar aquela falha de atenção e as suas possíveis consequências. Poderá falar-se, nestes casos, em negligência da aceitação, pois o momento de aferição dos pressupostos da cognoscibilidade retroage ao momento em que existe consciência dos factores que posteriormente determinam a falha que se verifica no momento da acção.

74. Também nestes casos a investigação proveniente das diversas ciências cognitivas sobre a atenção contribui decisivamente para a distinção fundamental para o Direito Penal – e, especificamente, para o conceito jurídico-penal de

negligência – entre comportamentos controláveis e não controláveis; fá-lo, essencialmente, ao fornecer critérios a partir dos quais será possível afirmar, com base científica, que um determinado comportamento, devido a uma falha não controlável do processo de atenção, deixa de ser merecedor da específica valoração jurídico-penal da negligência. Daí que se possa concluir que nem todos os processos automáticos devidos a falhas de atenção estejam excluídos da possibilidade de serem considerados acções negligentes. Uns serão e outros não, dependendo de saber se a falha de atenção que os desencadeou era ou não cognoscível – isto é, se houve ou não consciência dos factores que podiam provocar a falha e, indirectamente, a possibilidade de impedir a activação do processo automático errado.

A memória

75. Memória e atenção são termos aparentemente simples para descrever o que, na realidade, constituem complexos conjuntos de funções mais ou menos interligadas do sistema de processamento de informação. Na verdade, muitos dos resultados a que chegou a investigação sobre a atenção estão directa ou indirectamente relacionados com a memória, sendo muitas vezes difícil determinar se é esta ou aquela a responsável por determinado efeito.

76. A memória de longo prazo, que se apresenta com uma capacidade praticamente ilimitada, consiste, em síntese, num sistema de armazenamento de longo prazo de informação relevante. É a correspondência entre a percepção actual dos objectos e a sua representação na memória de longo prazo que nos permite reconhecê-los e usar a informação associada a esses objectos para, em conjugação com a memória de trabalho, orientar os nossos comportamentos, o que demonstra a inegável importância da memória de longo prazo, quer para a tomada de consciência sensorial dos sinais objectivos de perigo, quer para os demais pressupostos da cognoscibilidade.

77. Quanto à memória de trabalho, termo genérico utilizado para referir o armazenamento, por curtos períodos de tempo, de informação relevante para a

realização das múltiplas tarefas do dia a dia, é ela que permite compreender e representar mentalmente o ambiente que nos rodeia, reter informação sobre a sua experiência num passado recente, suportar a aquisição de novos conhecimentos, resolver problemas e formular, relacionar e agir de acordo com os objectivos presentes. Quanto à sua influência nos pressupostos da cognoscibilidade, há consenso entre os investigadores no sentido de que os processos psicológicos subjacentes à memória de trabalho, à consciência e à atenção estão fortemente relacionados.

78. A memória de trabalho pode, desde logo, influenciar a consciência dos sinais objectivos de perigo, uma vez que uma sobrecarga da memória de trabalho pode reduzir o objecto da atenção e, nessa medida, impedir o acesso à consciência dos estímulos que fiquem excluídos desse objecto reduzido.

79. Uma sobrecarga da memória de trabalho pode ainda impedir que a consciência se fixe no estímulo pelo tempo suficiente para permitir seleccionar os objectivos apropriados e realizar a resposta adequada. Neste último caso, não será tanto a consciência sensorial do estímulo que se vê afectada, mas a capacidade de formular distinções e juízos necessários à resposta adequada e, nesta medida, a memória de trabalho pode influenciar decisivamente os demais pressupostos da cognoscibilidade. De facto, a sobrecarga da memória de trabalho pode, nomeadamente, afectar a capacidade de distinguir a informação relevante da irrelevante, levando, por essa via, a erros de raciocínio que impedem ou dificultam a previsão da situação de perigo ou a escolha do meio para o evitar. Nesse sentido, a consciência ou possibilidade de consciência da decisão de actuar num ou noutro sentido, ou a possibilidade de consciência do perigo abstracto e/ou concreto, bem como dos meios e da capacidade de o evitar, podem ser afectadas por uma sobrecarga da memória de trabalho.

Estados emocionais

80. Também os estados emocionais podem influenciar directa ou indirectamente os elementos da cognoscibilidade, designadamente através da

influência que exercem ou podem exercer sobre factores como a atenção ou a memória. Com efeito, as emoções podem influenciar quer o pensamento ou o raciocínio, quer o comportamento, designadamente através da influência que exercem sobre as partes cognitivas do sistema que controla um e outro, determinando uma prioridade de algumas funções cognitivas em relação a outras.

81. Assim, há emoções que podem interferir directamente na memória de trabalho. Experiências recentes feitas em situações de conflito ou dilema de controlo, do tipo dos conflitos de aproximação-afastamento (*approach-withdrawl conflicts*) – que decorrem da necessidade de otimizar objectivos ou constrangimentos competitivos e que, no limite, são subjectivamente sentidos como ‘perdido se faz, perdido se não faz’ (*damned if you do, damned if you don't*)” –, demonstram que estados relacionados com a aproximação – como, por exemplo, a diversão, entusiasmo ou o desejo – favorecem o desempenho da memória de trabalho verbal (fonológica) ao mesmo tempo que diminuem a memória de trabalho espacial (visual), enquanto estados relacionados com o afastamento – como, por exemplo, a ansiedade ou o medo –, têm o efeito inverso; ou seja, uma ansiedade moderada, por exemplo, tende a aumentar o desempenho da memória de trabalho numa tarefa espacial.

82. As emoções também interferem na capacidade de inibir um procedimento automático para pôr em funcionamento um procedimento controlado. Nesse sentido concluiu-se, num estudo desenvolvido por uma equipa liderada por EDUARDO DIAS-FERREIRA, que quando as pessoas estão em situação de stresse crónico a área cerebral responsável pelas acções rotineiras cresce, ficando os neurónios nessa área com mais ligações, ao passo que, inversamente, a área da acção intencional diminui

83. Outro dilema de controlo que pode ser influenciado por estados emocionais é a atenção selectiva. Assim, por exemplo, vários estudos demonstram que os estímulos potencialmente ameaçadores tendem a captar a atenção muito mais rapidamente do que estímulos não ameaçadores. Com efeito,

dado que as pessoas estão, à partida, predispostas para atender aos estímulos emocionais, é razoável supor que as emoções ou os estados emocionais, em geral, podem influenciar a resolução do conflito subjacente ao mecanismo da atenção selectiva. Esta conclusão é, aliás, fortemente sugerida pela investigação disponível a propósito de alguns distúrbios emocionais, demonstrando alguns estudos, por exemplo, que indivíduos clinicamente ansiosos serão mais rápidos do que indivíduos saudáveis ou do que indivíduos clinicamente deprimidos a responder à tarefa de encontrar um ponto numa imagem, quando esse ponto apareça num local onde antes tinham estado estímulos ameaçadores, do que quando o ponto apareça num sítio onde antes estavam estímulos neutrais. Também no caso de pessoas que sofriam de perturbações pós-traumáticas do stress ou com fobias e ansiedades particulares, os estudos demonstram que têm maior dificuldade em ignorar a informação relacionada com a sua particular perturbação.

Outros factores (expectativas, preconceitos, predisposições emocionais não conscientes, similaridade)

84. Existem ainda outros factores, tais como as expectativas, preconceitos ou objectivos que podem influenciar os elementos da cognoscibilidade individual da realização do facto típico. Alguns desses factores influenciam especificamente o *conteúdo* da consciência. Quer dizer, não está já tanto em causa uma influência sobre a existência ou não da consciência de algo, mas uma influência sobre o conteúdo desse algo que se torna consciente.

Conclusões da Parte III

(A cognoscibilidade individual da realização do facto típico perante os princípios e no sistema do direito penal)

I. A exigência da cognoscibilidade e a determinação do seu conteúdo à luz dos princípios do direito penal

85. A cognoscibilidade individual da realização do facto típico é uma exigência do princípio da culpa. Assim, justifica-se estender os limites da responsabilidade pessoal em caso de perigo, aos limites da evitabilidade da realização do facto típico, o que corresponde, nos crimes de negligência inconsciente, à cognoscibilidade da sua realização, uma vez que dentro destes limites o sujeito tem a possibilidade de controlar a realização do facto típico, actuando ou omitindo no exercício da sua liberdade e autonomia.

86. O princípio da igualdade não só não impede como impõe a análise da cognoscibilidade individual da realização do facto típico logo ao nível do tipo de ilícito, uma vez que favorece um critério de decisão sobre a ilicitude do facto baseado nos dados e capacidades individuais, que são, em cada caso, diferentes.

87. O princípio da legalidade, na dimensão que impõe a certeza da lei penal, depõe igualmente a favor de uma solução individualizadora na análise da cognoscibilidade da realização do facto típico. Com efeito, a pergunta sobre a cognoscibilidade em concreto do agente, nas circunstâncias determinadas do seu agir, é mais fácil de ser respondida com precisão do que a pergunta sobre a cognoscibilidade de uma categoria abstracta de pessoas, como sejam a de homem “médio”, “razoável” ou “prudente”.

88. O princípio da necessidade da pena impõe uma delimitação das situações que justificam o merecimento penal da negligência. A investigação psicológica da cognoscibilidade, a partir do estado actual das ciências cognitivas, permite fazê-lo, *de jure constituto* (e não apenas *de jure condendo*), desenvolvendo a exigência legal de evitabilidade individual que o artigo 15.º do

Código Penal faz valer para a negligência inconsciente, ao limitar o dever de cuidado pela capacidade individual do agente. A definição com base científica dos limites da cognoscibilidade individual torna aqui irrelevantes a questão dos limites da negligência simples ou leve, que é substituída pela questão dos limites da própria negligência inconsciente.

II. Integração da cognoscibilidade individual e dos seus elementos no sistema do crime negligente inconsciente

89. A cognoscibilidade individual da realização do facto típico como elemento essencial da negligência inconsciente analisa-se em diversos elementos. Desses, dois – a consciência sensorial ou cognitiva dos sinais objectivos de perigo e a possibilidade da consciência ou consciência da decisão de actuar num ou noutro sentido – são, na nossa perspectiva, elementos essenciais da acção típica negligente, exigidos pelo conceito de acção, enquanto os restantes – a possibilidade de consciência do perigo abstracto e do perigo concreto, bem como a possibilidade de consciência da capacidade e dos meios de o evitar – são elementos essenciais que integram o tipo de ilícito da acção típica negligente.

90. A dependência do conceito de acção negligente inconsciente da consciência sensorial ou cognitiva dos sinais objectivos de perigo e da consciência ou possibilidade de consciência da decisão de actuar num ou noutro sentido, resulta do facto de não haver possibilidade de controlo sem esses elementos e, portanto, não haver sequer uma acção. Isto é, faltarão aqui algo essencial à acção negligente inconsciente, que é a possibilidade de controlo que está condicionada pela possibilidade de consciência da decisão.

91. Esta questão da existência ou não de acção é autónoma, mesmo que na aplicação do direito penal se ponha sempre relativamente a uma certa acção típica. Assim, quer a consciência do sinal objectivo de perigo, quer a consciência ou possibilidade de consciência da decisão de actuar num ou noutro sentido, abstraem da configuração típica de que se trata, para focarem apenas os elementos comuns a toda a acção típica negligente.

92. Na negligência inconsciente partimos do conceito social de que para haver acção tem de haver uma certa forma de controlo por parte do sujeito. Mas para saber se há controlo do movimento corporal, conceptualmente ligado ao conceito social de acção, é necessário saber, por exemplo, o que só a neurociência nos pode dizer: por exemplo, se o tempo que decorreu entre a detecção do perigo e o resultado é suficiente para haver consciência, quer da situação objectiva de perigo, quer da decisão de actuar no sentido de o evitar, sem as quais não pode haver possibilidade de consciência da decisão, sem a qual, por sua vez, não pode, conceptualmente, haver possibilidade de controlo e, portanto, acção.

93. Os restantes elementos da cognoscibilidade – a possibilidade de consciência do perigo abstracto, a possibilidade de consciência do perigo concreto e a possibilidade de consciência da capacidade de evitar e dos meios de evitar – são essenciais à tipicidade da acção negligente inconsciente.

94. Do antecedente se retira que elementos subjectivos são indispensáveis para afirmar a existência de uma acção, a tipicidade dela e a imputação objectiva do resultado à acção típica. Daqui decorre que está errada a sistemática tradicional da teoria do tipo, que separa o elemento objectivo do elemento subjectivo e pretende iniciar a análise pelo primeiro em que inclui a imputação objectiva. A expressão “objectiva” só está aqui correcta na medida em que nela se trata da imputação de um resultado ao agente. Enquanto, porém, a imputação objectiva depende de elementos subjectivos como a cognoscibilidade – e, como já vimos, esta, por sua vez, depende dos conhecimentos superiores ou inferiores do agente – a sua inclusão no elemento objectivo do tipo é inapropriada.

95. Pode, porém, ser conveniente na análise prática do crime começar por excluir o tipo quando faltam elementos objectivos, como sejam o resultado ou quando a existência de acção ou a imputação objectiva podem ser excluídas por falta de requisitos objectivos das mesmas, como quando inexitem sinais objectivos de perigo na negligência inconsciente ou quando é possível excluir a

adequação causal ou se está perante um risco permitido independentemente da questão de saber se existe uma acção. Mas nem por isso é justificado reunir todos os requisitos objectivos identificáveis do tipo no elemento objectivo do tipo como primeiro elemento da análise. O primeiro elemento da análise, por antecedência lógica, é a acção, que é composta por elementos objectivos e subjectivos.

96. Do ponto de vista sistemático a cognoscibilidade individual é relevante logo para o tipo de ilícito, sem que se justifique qualquer diferença segundo os limites individuais da capacidade do sujeito. Tanto o sujeito de capacidade média como o sujeito de capacidade acima ou abaixo da média estão obrigados na medida do que é individualmente cognoscível para cada um.

97. O argumento de que a cognoscibilidade a ter em conta ao nível do ilícito é a da pessoa mais capaz, defendido por ENGISCH, ROXIN e FIGUEIREDO DIAS, entre outros, porquanto o âmbito da norma de proibição se estende até este último limite, não procede, pois no essencial acaba por não distinguir entre o âmbito de aplicação da norma proibitiva que se mede pela capacidade do mais capaz e a sua concretização no dever individual que é limitado pela capacidade individual do agente. Com efeito, o argumento, de que só haverá uma função preventiva das normas proibitivas que se pretende ligada ao âmbito geral da proibição, esquece a distinção entre o âmbito de aplicação de uma norma geral e sua concretização no dever pessoal do agente. O âmbito de uma proibição geral estende-se a todos os factos que podem ser evitados pelo mais capaz, que na negligência inconsciente se reduzem aos que podem ser conhecidos pelo mais sábio. A aplicação da norma ao caso fundamenta um dever concreto que é limitado pela capacidade individual do agente. A norma não deixa de ser geral e é interiorizada como tal, mas não tem qualquer eficácia preventiva nos casos de impossibilidade prática do seu cumprimento.

98. A solução que considera a cognoscibilidade individual apenas relevante para a delimitação do tipo de ilícito no caso de capacidades superiores, relevando

as inferiores apenas em sede de culpa, é incoerente, porque é a mesma razão que justifica a relevância da capacidade individual para a delimitação do tipo de ilícito no caso de capacidades superiores que justifica igualmente a sua relevância nos casos capacidades inferiores. Essa razão é a razão geral da delimitação do dever pelo poder. Não faz sentido obrigar a fazer (ou a conhecer) o que é individualmente impossível fazer ou conhecer, mas já faz, pelo contrário, perfeito sentido obrigar a fazer (ou a conhecer) dentro da medida do possível, mesmo quando essa possibilidade esteja ligada a capacidades superiores.

99. Igualmente a ideia de que na culpa se censura o sujeito em concreto, enquanto na ilicitude se reprova o acto em geral – e, assim sendo, de que um elemento do sujeito em concreto, como é a cognoscibilidade individual da realização do facto típico, só poderia relevar em sede de culpa – também não procede, uma vez que esse critério de distinção entre ilicitude e culpa está fundamentalmente errado. Na verdade, tanto na ilicitude como na culpa se aplicam critérios gerais a circunstâncias ou elementos concretos do facto e do sujeito. A diferença está em que enquanto na ilicitude esses critérios gerais têm que ver com as razões da proibição do comportamento, tendo em vista os bens jurídicos ofendidos ou ameaçados – são, por isso, critérios do dever jurídico de agir ou omitir –, na culpa têm que ver com a motivação ou determinação do agente por esse mesmo dever jurídico – são, pois, critérios do dever de motivação ou determinação de acordo com o direito. Temos, assim, quer na ilicitude quer na culpa, violações de deveres com diferente conteúdo, quer no que se refere à norma geral aplicável ao caso (às circunstâncias gerais que fundamentam a valoração do facto como ilícito ou como culpa), quer no que se refere ao caso concreto (às circunstâncias concretas que fundamentam o desvalor do ilícito e o desvalor da culpa).

100. A especial referência ao dever de cuidado na negligência, feita no artigo 15.º do Código Penal, justifica-se na medida em que a sua verificação se pode separar da verificação de qualquer outro elemento do crime comum ao dolo e à negligência. O dever de cuidado sempre terá uma fundamentação específica

na negligência, na medida em que só na negligência inconsciente o dever de consciência ou representação depende da verificação autónoma da cognoscibilidade.

101. Pressuposto essencial do juízo de culpa é a cognoscibilidade individual da ilicitude, uma vez que o juízo de culpa censura a falta de motivação pelo direito, apesar da consciência ou da possibilidade de consciência da ilicitude e da exigibilidade dessa motivação. Quer isto dizer que a cognoscibilidade individual que releva em sede de culpa é directamente relativa à ilicitude e não à realização do facto típico. Tal cognoscibilidade é condicionada pela cognoscibilidade da regra de direito aplicável e da sua efectiva aplicação ao caso. É claro que a aplicação ao caso depende da realização do facto típico e que esta, na negligência inconsciente, pressupõe por sua vez a cognoscibilidade dessa realização. Neste sentido, a cognoscibilidade da realização do facto típico é um pressuposto indirecto da cognoscibilidade individual da ilicitude e, portanto, da culpa, do mesmo modo que todos os pressupostos da ilicitude são pressupostos indirectos da culpa.

102. A consequência desta concepção é uma teoria unitária da culpa comum à negligência e ao dolo, uma vez que em ambos os casos é idêntica a base ou critério de valoração da culpa.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXANDER, Larry, FERZAN, Kimberly – (2009) *Crime and Culpability. A Theory of Criminal Law*, New York: Cambridge University Press, 2009.
- ALMEIDA, Carlota Pizarro – (2010) *O Dever de Cuidado como Modelo de Gestão de Risco*, Dissertação de doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – não publicada, 2010.
- ASHWORTH, Andrew – (2006) *Principles of Criminal Law*, 5ª ed., New York: Oxford University Press, 2006.
- BANKS, William P. – (2006) “Does Consciousness Cause Misbehavior?”, em Susan POCKETT, William P. BANKS, Shaun GALLAGHER (eds.), *Does Consciousness Cause Behavior?*, Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2006, 235-256.
- BANKS, William P., POCKETT, Susan – (2007) “Benjamin Libet’s Work on the Neuroscience of Free Will”, em Max VELMANS, Susan SCHNEIDER (eds.), *The Blackwell Companion to Consciousness*, Oxford: Blackwell, 2007, 657-670.
- BARGH, John A. – (2005) “Bypassing the Will: Toward Demystifying the Nonconscious Control of Social Behavior”, em Ran R. HASSIN, James S. ULEMAN, John A. BARGH (eds.), *The New Unconscious*, New York: Oxford University Press, 2005, 37-58.
- BARRETT, Lisa Feldman, NIEDENTHAL, Paula M., WINKIELMAN, Piotr – (2005) “Introduction”, em Lisa Feldman BARRETT, Paula M. NIEDENTHAL, Piotr WINKIELMAN (eds.), *Emotion and Consciousness*, New York: The Guilford Press, 2005, 1-18.

- BELEZA, Teresa Pizarro – (1980) *Direito Penal*, II, Lisboa: AAFDL, 1980, reimp. 1995.
- BINDING, Karl – (1919) *Die Normen und ihre Übertretung*, 1919, reimp. 1991, Aalen: Scientia Verlag.
- BOCKELMANN, Paul – (1973) *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München: C.H.Beck, 1973.
- BRITO, José de Sousa e – (1978) “A Lei Penal na Constituição”, *Estudos sobre a Constituição*, II, Lisboa: Petrony, 1978, 197-254.
- (1984) “A Medida da Pena no Novo Código Penal de 1982”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, III, Coimbra, 1984, (*Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, número especial), 555-587.
- (1989-1990) “Sentido e Valor da Análise do Crime”, em *Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, IV, 1989-90, 109-144.
- (1995) “Etablierung des Strafrechtssystems zwischen formaler Begriffsjurisprudenz und funktionalistischer Auflösung”, *Bausteine des europäischen Strafrechts, Coimbra-Symposium für Claus Roxin*, Köln: Carl Heymanns, 1995, 71-86.
- BRITO, Ana Bárbara Sousa – (2009) “Sobre o Lugar do Princípio da Culpa na Constituição Portuguesa”, *Liber Amicorum de José de Sousa e Brito em comemoração do 70.º Aniversário, Estudos de Direito e Filosofia*, Coimbra: Almedina, 2009, 751-762.
- BURGSTALLER, Manfred – (1974) *Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Praxis in Verkehrssachen*, Wien: Manz, 1974.
- (2001) Comentário a §§ 6, 7, WK, 2001.

- CARVALHO, Taipa de – (2008) *Direito Penal. Parte Geral. Questões Fundamentais. Teoria Geral do Crime*, 2ªed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- CLARK, Austen – (2007) “Sensory and Perceptual Consciousness”, em Max VELMANS, Susan SCHNEIDER (eds.), *The Blackwell Companion to Consciousness*, Oxford: Blackwell, 2007, 445- 455.
- CORREIA, Eduardo – (1949) *Direito Criminal*, I, Francisco Pereira COELHO, Manuel Rosado COUTINHO (eds.), Coimbra: Atlântida, 1949.
- (1963) *Direito Criminal*, I, com a colaboração de Figueiredo DIAS, Coimbra: Almedina, 1963.
- COSTA, José Francisco de Faria – (1992) *O Perigo em Direito Penal. (Contributo para a sua Fundamentação e Compreensão Dogmáticas)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992.
- CRICK, Francis, KOCH, Christof – (1985) “Are we Aware of Neural Activity in Primary Visual Cortex?” *Nature* 375, 121-123. (1995)
- (2007) “Neurobiological Framework for Consciousness”, em Max VELMANS, Susan SCHNEIDER (eds.), *The Blackwell Companion to Consciousness*, Oxford: Blackwell, 2007, 567-579.
- CROSS, Rupert, JONES, Philip Asterley – (1968) *An Introduction to Criminal law*, 6ª ed., London: Butterworths, 1968.
- DAMÁSIO, António – (2010) *O Livro da Consciência. A Construção do Cérebro Consciente*, Lisboa: Círculo de Leitores, 2010.
- DIAS, Jorge de Figueiredo – (1975) *Direito Penal*, Sumários das lições do Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias à 2ª turma de 2º ano da Faculdade de Direito, Coimbra, 1975.

- (1983) “Pressupostos de Punição e Causas que Excluem a Ilícitude e a Culpa”, *Jornadas de Direito Criminal. O Novo Código Penal Português e Legislação Complementar, Fase I*, Lisboa: CEJ, 1983, 39-83.
- (1992) “Sobre o Estado Actual da Doutrina do Crime”, *RPCC*, 1, 1991, 9-53; 2, 1992, 7-44.
- (2001) *Temas Básicos da Doutrina Penal. Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal. Sobre a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- (2004) *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- (2007) *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Parte Geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2ªed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DIAS-FERREIRA, Eduardo, SOUSA, João C., MELO, Inês, MORGADO, Pedro, MESQUITA, Ana R., CERQUEIRA, João J.; COSTA, Rui M., SOUSA, Nuno – (2009) “Chronic Stress Causes Frontostriatal Reorganization and Affects Decision-Making“, *Science* 325 (5940), 621-625, 2009.

DUTTGE, Gunnar – (2001) *Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2001.

- (2003-1) “Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit. Erwiderung auf Rolf D. Herzberg“, *GA*, 2003, 451-468, 2003.
- (2003-2) Comentário a § 15 StGB (Fahrlässigkeit), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, München: Beck, 2003.
- (2005) “Die Kunst, Recht zu behalten - oder: über die Redlichkeit im juristischen Diskurs“, *NStZ*, 2005, 243-245.

EDELMAN, Gerald M., TONONI, Giulio – (2000) “Reentry and the Dynamic Core: Neural Correlates of Conscious Experience” em Thomas Metzinger (ed.), *Neural Correlates of Consciousness: Empirical and Conceptual Questions*, Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2000, 139- 151.

ENGISCH, Karl – (1930) *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, Berlin, 1930, reimp.: Aalen: Scientia Verlag, 1964.

– (1931) *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, Tübingen: Mohr, 1931.

– (1944) “Der finale Handlungsbegriff”, *Probleme der Strafrechterneuerung. Festschrift für E. Kohlrausch*, Berlin: de Gruyter, 1944.

– (1960) “Der Unrechtstatbestand im Strafrecht. Eine kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht”, *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben. Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, 1860-1960*, Karlsruhe: C.F Müller, 401- 437.

ERDMANN, Benno – (1923) *Logik*, Berlin: de Gruyter, 1923.

FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de – (2005) *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal ou Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal*, Porto: Publicações Universidade Católica, 2005.

– (1999) Comentário ao artigo 148.º, *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Tomo I, dirigido por Jorge de Figueiredo DIAS, Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

– (2008) “Sobre a Individualização da Medida de Cuidado no Âmbito do Ilícito Negligente”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, Vol. III: *Direito Público, Direito Penal e História do Direito*, Coimbra: Coimbra Editora, 2008, 701-736.

- FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – (1945) *Lições de Direito Penal*, 2ªed., Carmino FERREIRA e Henrique LACERDA (eds.), Lisboa, 1945.
- (1981) *Direito Penal Português. Parte Geral. I*, Lisboa: Verbo, 1981.
- (1985) *Lições de Direito Penal. I. A Teoria do Crime no Código Penal de 1982*, Lisboa: Verbo, 1985.
- (1992) *Lições de Direito Penal. Parte geral. I. A Lei Penal e a Doutrina do Crime no Código Penal de 1982*, 4ªed., Lisboa: Verbo, 1992.
- FLETCHER, George P. – (2007) *The Grammar of Criminal Law, American, Comparative, and International, Volume One: Foundations*, New York: Oxford University Press, 2007.
- (2002) “The Fault of Not Knowing”, *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 3, n.º 2, 2002, 1-18.
- FRAGOSO, H.C. – (1976) *Lições de Direito Penal. Parte Geral*, São Paulo: Bushatsky, 1976.
- FREUD, Sigmund – (1915) “Das Unbewusste”, *Gesammelte Werke*, X, Frankfurt am Main; Fischer Taschenbuch, 1999, 264-303 (1915).
- (1927) “Fetichismus”, *Gesammelte Werke*, XIV, Frankfurt am Main; Fischer Taschenbuch, 1999, 311-317 (1927).
- (1974) “O Inconsciente” (1915), *Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas de Sigmund Freud*, Vol. XIV, Rio de Janeiro: Imago, 1974, 191-233.
- FRITH, Chris, REES, Geraint – (2007) “A Brief History of the Scientific Approach to the Study of Consciousness”, em Max VELMANS, Susan SCHNEIDER (eds.), *The Blackwell Companion to Consciousness*, Oxford: Blackwell, 2007, 9-20.

- GARCÍA, Esther Hava – (2002) *La imprudencia inconsciente*, Granada: Comares, 2002.
- GLASER, Jack, KIHLSSTROM, John F. – (2005) “Compensatory Automaticity: Unconscious Volition Is Not an Oxymoron”, em Ran R. HASSIN, James S. ULEMAN, John A. BARGH (eds.), *The New Unconscious*, New York: Oxford University Press, 2005, 171-195.
- GOODALE, Melvyn A. – (2007) “Duplex Vision: Separate Cortical Pathways for Conscious Perception and the Control of Action”, em Max VELMANS, Susan SCHNEIDER (eds.), *The Blackwell Companion to Consciousness*, Oxford: Blackwell, 2007, 616-627.
- GRAY, Jeffrey – (2004) *Consciousness: Creeping up on the Hard Problem*, New York: Oxford University Press, 2004.
- GRAY, Jeremy R., SCHAEFER, Alexandre, BRAVER Todd S., MOST Steven – (2005) “Affect and the Resolution of Cognitive Control Dilemmas”, em Lisa Feldman BARRET, Paula M. NIEDENTHAL, Piotr WINKIELMAN (eds), *Emotion and Consciousness*, New York: The Guilford Press, 2005, 67-94.
- HAAN, Eduard de, KESSELS, Roy – (2004) “Disorders of Attention”, em Addie JOHNSON, Robert W. PROCTOR (eds), *Attention. Theory and Practice*, Thousands Oaks: Sage, 2004, 368–395.
- HALL, Jerome – (1960) *General Principles of Criminal Law*, 2ºed., Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1960.
- HANNS, Luiz Alberto – (1996) *Dicionário Comentado do Alemão de Freud*, Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- HART, H.L.A. – (1961) “Negligence, *Mens Rea*, and Criminal Responsibility” *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1968.

– (1958) “Legal Responsibility and Excuses” (1958), *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1968.

HARTMANN, Nikolai – (1926) *Das Problem des geistigen Seins*, Berlin: de Gruyter, 1926.

– (1949) *Ethik*, 3^{ed.}, Berlin: de Gruyter, 1949.

HASSIN, Ran R. – (2005) “Nonconscious Control and Implicit Working Memory”, em Ran R. HASSIN, James S. ULEMAN, John A. BARGH (eds.), *The New Unconscious*, New York: Oxford University Press, 2005, 196-222.

HERMANS, Erno J. (et al.) – (2011) “Stress-Related Noradrenergic Activity Prompts Large-Scale Neural Network Reconfiguration”, *Science* 334 (6059), 1151-1153, 2011.

HERZBERG, Rolf D. – (2001) “Ein neuer Begriff der strafrechtlichen Fahrlässigkeit“, GA, 2001, 568-582.

– (2004) “Grundprobleme der deliktischen Fahrlässigkeit im Spiegel des Münchener Kommentars zum Strafgesetzbuch“, NStZ, 2004, 593-600.

HORDER, Jeremy – (1993) “Criminal Culpability: The Possibility of a General Theory”, *Law and Philosophy*, 12, 1993, 193-215.

HOYER, Andreas – (1993) “Anhang zu §16. Das Fahrlässigkeitsdelikt”, SK-StGB, 1993.

JAKOBS, Günther – (1972) *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin: de Gruyter, 1972.

– (1974-1) “Das Fahrlässigkeitsdelikt”, ZStW, 86, Beiheft, 6-45, cit. pela trad. “El delito imprudente”, *Estudios de Derecho penal*, Madrid: Civitas, 1997, 167-196.

- (1974-2) “Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem”, *Festschrift für Hans WELZEL zum 70 Geburtstag*, Berlin: de Gruyter, 1974, 307-325, cit., pela trad. “Comportamiento evitable y sistema del Derecho penal”, *Estudios de Derecho penal*, Madrid: Civitas, 1997, 147-165.

- (1976) *Schuld und Prävention*, Tübingen: Mohr, 1976 (Recht und Staat, Heft 452/453), cit. pela trad. “Culpabilidad y prevención”, *Estudios de Derecho penal*, Madrid: Civitas, 1997, 73-99, (1976).

- (1989-1) “Tätersvorstellung und objective Zurechnung”, em *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, Carl Heymanns, 1989, 271-288, cit. pela trad. “Representación del autor e imputación objetiva”, *Estudios de Derecho penal*, Madrid: Civitas, 1997, 223-240.

- (1989-2) “Über die Behandlung von Willensfehlern und von Wissensfehlern”, *ZStW*, 101, 516 a 537, cit. pela trad. “Sobre el tratamiento dos defectos volitivos y dos defectos cognitivos”, *Estudios de Derecho penal*, Madrid: Civitas, 1997, 127-146.

- (1983) *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, Berlin: de Gruyter, 1983.

- (1991) *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2ª ed., Berlin: de Gruyter, 1991, cit. pela tradução *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoria de la imputación*, Madrid: Marcial Pons, 1995.

- (1992) *Der Strafrechtliche Handlungsbegriff*, München: Beck, 1992, cit. pela trad. “El concepto jurídico-penal de acción”, *Estudios de Derecho penal*, Madrid: Civitas, 1997, 101-125.

- (1993) *Das Schuldprinzip*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 1993, cit. pela trad. “El principio de culpabilidad”, *Estudios de Derecho penal*, Madrid: Civitas, 1997, 365-393.

– (1995) “Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und ‘alteuropäischem’ Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des ‘alteuropäischen’ Strafrechts?”, ZStW, 107, 843-876, cit. pela trad. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid: Civitas, 1996.

– (1996) *La imputacion objetiva en Derecho penal*, Madrid: Civitas, 1996.

– (1997-1) “Prólogo”, *Estudios de Derecho penal*, Madrid: Civitas, 1997, 7-9.

– (1997-2) *Strafrechtliche Zurechnung – Entwicklung des Systems aus den Bedingungen der Normgeltung*, manuscrito, 1997, cit pela trad. “Imputación jurídico-penal, desarrollo del sistema con base en las condiciones de la vigencia de la norma”, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedade*, Madrid: Civitas, 2004, 75-97.

– (2004-1) “Gleichgültigkeit als dolus indirectus”, cit. pela tradução “Indiferencia como dolo indirecto”, *Dogmática de Derecho penal y la configuración normativa de la sociedade*, Madrid: Civitas, 2004.

– (2004-2) “Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal”, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

JEANNEROD, Marc – (2007) “Consciousness of Action”, em Max VELMANS, Susan SCHNEIDER (eds.), *The Blackwell Companion to Consciousness*, Oxford: Blackwell, 2007, 540- 550.

JESCHECK, Hans-Heinrich, WEIGEND, Thomas – (1996) *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ªed., Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

JOHNSON, Addie, PROCTOR, Robert W. – (2004) *Attention, Theory and Practice*, Thousand Oaks: Sage, 2004.

- JOHNSON, Addie, PROCTOR, Robert W., NIEUWENSTEIN, Mark – (2004) “Memory and Attention”, em Addie JOHNSON, Robert W. PROCTOR (eds.), *Attention, Theory and Practice*, Thousand Oaks: Sage, 2004, 191-226.
- JOHNSON, Addie, PROCTOR, Robert W. , HAAN Edward de, KESSELS, Roy – (2004) “Disorders of Attention”, em Addie JOHNSON, Robert W. PROCTOR (eds.), *Attention. Theory and Practice*, Thousands Oaks: Sage, 2004, 367-395.
- KANE, Robert (ed.) – (2002) *The Oxford Handbook of Free Will*, Oxford: Oxford University Press, 2002.
- KAPLAN, Leonard V. – (2006) “Truth and/or Consequences: Neuroscience and Criminal Responsibility”, em Susan POCKETT, William P. BANKS, Shaun GALLAGHER (eds.), *Does Consciousness Cause Behavior?*, Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2006, 277-299.
- KAUFMANN, Armin – (1954) *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen: Otto Schwartz, 1954.
- (1959) *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen: Otto Schwartz, 1959.
- (1964) “Das fahrlässige Delikt”, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert*, Köln: Heymmans ,1982, 133-149 (1964).
- KAUFMANN, Arthur – (1961) *Das Schuldprinzip-Eine strafrechtlich-rechtsphilosophie Untersuchung*, Heidelberg: Carl Winter, 1961.
- (1997) *Rechtsphilosophie*, München: Beck, 2° ed., 1997.
- KOCH, Christof – (2004) *The Quest for Consciousness. A Neurobiological Approach*, Englewood, Colorado: Roberts, 2004.

- KÖHLER , Michael – (1997) *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin: Springer, 1997.
- LAVIE, Nilli – (2007) “Attention and Consciousness”, em Max VELMANS, Susan SCHNEIDER (eds.), *The Blackwell Companion to Consciousness*, Oxford: Blackwell, 2007, 489- 503.
- LIBET, Benjamin – (2002) “Do We Have Free Will?”, em Robert KANE (ed.), *The Oxford Handbook of Free Will*, Oxford: Oxford University Press, 2002.
- (2004) *Mind Time. The Temporal Factor in Consciousness*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.
- LIBET, Benjamin *et al.* (eds.) – (1999) *The Volitional Brain. Towards a Neuroscience of Free Will*, Exeter, Imprint Academic, 1999, reimp.2004.
- MAIWALD, Manfred – (1997) “Zum Maßstab der Fahrlässigkeit bei trunkenheitsbedingter Fahruntüchtigkeit”, *Festschrift für Dreher*, Berlin; de Gruyter, 1977, 437-
- MARKMAN, Arthur B., GENTNER, Dedre – (2005) “Nonintentional Similarity Processing”, em Ran R. HASSIN, James S. ULEMAN, John A. BARGH (eds.), *The New Unconscious*, Oxford: Oxford University Press, 2005, 107-137.
- METZGER, Edmund – (1950) *Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, Berlin: Dunker&Humblot, 1950.
- MILNER, A. David, GOODALE, Melvyn A. – (1992) “Separate Visual Pathways for Perception and Action”, in *Trends in Neurosciences*, 15, 20-25, 1992.
- (1995) *The Visual Brain in Action*, Oxford: Oxford University Press, 1995.
- Model Penal Code*, Philadelphia: American Law Institute, revised ed., 1985.

- MOORE, Michael – (1997) *Placing Blame. A General Theory of the Criminal Law*, Oxford: Clarendon Press, 1997.
- MURPHY, Nancey, BROWN, Warren S. – (2007) *Did My Neurons Make Me Do It? Philosophical and Neurobiological Perspectives on Moral Responsibility and Free Will*, Oxford: Oxford University Press, 2007.
- NIESE, Werner – (1951) *Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, Tübingen: Mohr, 1951.
- NOWAKOWSKI, Friedrich – (1958) “Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit”, JZ, 1958, 335-341.
- PALMA, Maria Fernanda – (1984) “O Estado de Necessidade Justificante no Código Penal de 1982”, *Estudos de homenagem ao Prof. Eduardo Correia, III*, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1984, 173-206.
- (1999) “A Teoria do Crime como Teoria da Decisão Penal. (Reflexão sobre o Método e o Ensino do Direito Penal)”, *Revista Portuguesa de Direito Criminal*, 9, 1999, 523-603.
- (2001) *Direito Penal. Parte Geral, II Vol.: A Teoria Geral a Infracção como Teoria da Decisão Final*, Lisboa: AAFDL, 2001.
- (2005) *O Principio da Desculpa em Direito Penal*, Coimbra: Almedina, 2005.
- (2011) “O Dolo e o Erro: Novas Leituras do Elemento Intelectual do dolo”, *Homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, 75-88.
- PANKSEPP, Jaak – (1998) *The Foundations of Human and Animal Emotions*, Oxford: Oxford University Press, 1998.
- (2002) *Handbook of Emotions*, 2ªed., New York: Guilford Press, 2000.

- PAYNE, B. Keith, JACOBY, Larry L., LAMBERT, Alan J. – (2005) “Attitudes as Accessibility Bias: Dissociating Automatic and Controlled Processes”, em Ran R. HASSIN, James S. ULEMAN, John A. BARGH (eds.), *The New Unconscious*, New York: Oxford University Press, 2005, 393-420.
- PEÑARANDA RAMOS, Enrique, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J., CANCIO MELIÁ, Manuel – (1997) “Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs”, *Estudios de Derecho penal*, Madrid: Civitas, 1997, 17-69.
- PHELPS, Elizabeth A. – (2005-1) “The Interaction of Emotion and Cognition. Insights from Studies of the Human Amygdala”, em Lisa Feldman BARRET, Paula M. NIEDENTHAL, Piotr WINKIELMAN (eds), *Emotion and Consciousness*, New York: The Guilford Press, 2005, 51-66.
- (2005-2) “The Interaction of Emotion and Cognition. The Relation Between the Human Amygdala and Cognitive Awareness”, em Ran R. HASSIN, James S. ULEMAN, John A. BARGH (eds.), *The New Unconscious*, New York: Oxford University Press, 2005, 61-76.(2005-2).
- PLATZGUMMER, Winfried – (1964) *Die Bewußtseinsform des Vorsatzes. Eine strafrechtsdogmatische Untersuchung auf psychologischer Grundlage*, Wien: Springer, 1964.
- POCKETT, Susan, BANKS, William P., GALLAGHER, Shaun – (2006) “Introduction”, em Susan POCKETT, William P. BANKS, Shaun GALLAGHER (eds.), *Does Consciousness Cause Behavior?*, Cambridge: MIT Press, 2006, 1-6.
- RADBRUCH, Gustav – (1903) *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, [1903], em Gustav RADBRUCH, *Strafrecht I*, Monika FROMMEL (ed.), Heidelberg: C.F. Müller, 1995 (Gesamtausgabe, 7).

- ROBINSON, Paul H. – (2002) “The Modern General Part: Three Illusions”, em Stephen SHUTE, A.P.SIMESTER (eds.), *Criminal Law Theory. Doctrines of the General Part*, Oxford: Oxford University Press, 2002, 75-102.
- ROSS, Don (et al.) – (2007) *Distributed Cognition and the Will: Individual Volition and Social Context*, Cambridge Massachusetts: MIT Press, 2007.
- ROXIN, Claus – (2006) *Strafrecht. Allgemeiner Teil, I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4.ed, München: Beck, 2006.
- RUPPERT, Franz, HIRSCH Christine, WALDHERR, Benedikt – (1985) *Warnehmen und Erkennen von Gefahren am Arbeitsplatz.*, Bremerhaven: Wirtschaftsverlag (Bundesanstalt für Arbeitsschutz, Forschungsbericht Nr. 426), 1985.
- SAMSON, Erich – (1989) “Anhang zu §16. Das Fahrlässigkeitsdelikt” SK-StGB, 5^oed., 1989.
- SANTOS, José Beleza dos – (1934) “Crimes de Moeda Falsa”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 64 (1931) – ano 68 (1935).
- (1936) *Direito Criminal*, Hernani MARQUES (ed.), Coimbra: Coimbra Editora, 1936.
- SCHERER, Klaus R. – (2005) “Unconscious Processes in Emotion. The Bulk of the Iceberg”, em Lisa Feldman BARRET, Paula M. NIEDENTHAL, Piotr WINKIELMAN (eds.), *Emotion and Consciousness*, New York: The Guilford Press, 2005, 312- 334.
- SCHMIDHÄUSER, Eberhard – (1975) “Fahrlässige Straftat ohne Sorgfaltspflichtverletzung”, *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, Göttingen: Otto Schwartz, 1975, 129-158.

SCHNEIDER, Susan, VELMANS, Max – (2007) “Introduction”, em Max VELMANS, Susan SCHNEIDER (eds.), *The Blackwell Companion to Consciousness*, Oxford: Blackwell, 2007, 1-6.

SCHÜNEMANN, Bernd – (1975-1) “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits- und Gefährdungsdelikte”, JA, 1975, 435, 511, 575, 647, 715, 787.

– (1975-2) “Neue Horizonte der Fahrlässigkeitsdogmatik? Zur Stellung der individuellen Sorgfaltswidrigkeit und des Handlungserfolges im Verbrechensaufbau” *Festschrift für Friedrich Schaffstein*, Göttingen: Otto Schwartz, 1975, 159- 176.

SCHROEDER, Friedrich-Christian – (1989) “Die Fahrlässigkeit als Erkennbarkeit der Tatbestandsverwirklichung”, JZ, 1989, 776-780.

– (1994) Comentário a §§ 15, 16, LK, 11ª ed., 1994.

SEARLE, John R. – (2001) *Rationality in Action*, Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2001.

– (2005) “Consciousness: What we still don’t know”, *The New York Review of Books*, LII, n.º 1, Janeiro de 2005, 36-39.

– (2006) “Minding the Brain”, *The New York Review of Books*, LIII, n.º 17, Novembro de 2006, 51-55.

– (2007) *Freedom & Neurobiology - Reflections on Free Will, Language and Political Power*- New York: Columbia University, 2007, 37-78.

– (2011) “The Mystery of Consciousness Continues”, *The New York Review of Books*, LVIII, n.º 10, Junho de 2011, 50-52.

SILVA, Germano Marques da – (1998) *Direito Penal Português, Parte Geral, II, Teoria do Crime*, Lisboa: Verbo, 1998.

- SIMESTER, A.P. – (2000) “Can Negligence be Culpable?”, *Oxford Essays in Jurisprudence, Fourth Series*, ed. Jeremy Horder, Oxford: Oxford University Press, 2000, 85- 106.
- SIMESTER, A. P., SULLIVAN G. R. – (2004) *Criminal law. Theory and Doctrine*, 2^aed. rev., Oxford: Hart, 2004.
- SMITH, J.C., HOGAN, B., ORMEROD, D. – (2005) *Criminal law*, 11^{ed.}, Oxford: Oxford University Press, 2005.
- STRATENWERTH, Günter – (1974) “Unbewußte Finalität?”, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*, Berlin: de Gruyter, 1974, 289-305.
- (1985) “Zur Individualisierung des Sorgfaltmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt”, *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70 Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 1985, 285-302.
- (2005) *Strafrecht. Allgemeiner Teil I, Die Straftat*, Köln: Heymanns, 1971; 4^{ed.}, Köln: Heymanns, 2000. Trad: *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, Cizur Menor: Aranzadi, 2005.
- STRAWSON, P.F. – “Liberty and Necessity”, em Nathan ROTENSTREICH, Norma SHNEIDER (ed.), *Spinoza – His Thought and Work*, Jerusalem: The Israel Academy of Sciences and Humanities, 1983, 120- 129.
- STRUENSEE, Eberhard – (1987) “Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts”, JZ 42, 1987, 53-104.
- The Law Commission (Law Com n° 304) *Murder, Manslaughter and Infanticide*, London: TSO, 2006.
- TRIFFTERER, Otto – (1994) *Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2^{ed.}, Wien: Springer, 1994.

TURNER, J.W.C. – (1945) “The Mental Element in Crimes at Common Law”, em Leon RADZINOWICZ, J.W.C. TURNER (eds.), *The Modern Approach to Criminal Law*, London: Macmillan, 1945, 195.

VELMANS Max, SCHNEIDER Susan (eds.) – (2007) *The Blackwell Companion to Consciousness*, Oxford: Blackwell, 2007.

VU, Kim-Phuong L. – (2004) “Historical Overview of Research on Attention”, em Addie JOHNSON, Robert W. PROCTOR (eds), *Attention. Theory and Practice*, Thousands Oaks: Sage, 2004, 9- 27.

WEGNER, Daniel M. – (2002) *The Illusion of Conscious Will*, Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 2002.

– (2005) “Who is the controller of Controlled Process?”, em Ran R. HASSIN, James S. ULEMAN, John A. BARGH (eds.), *The New Unconscious*, Oxford: Oxford University Press, 2005, 19-36.

WEGNER, Daniel M., WHEATLEY, T. – (1999) “Apparent Mental Causation: Sources of the Experience of Will”, *American Psychologist*, 1999, n.º 54, 480-491.

WEGNER, Daniel M., SPARROW, B., WINERMAN, L. – (2004) “Vicarious Agency: Experiencing Control Over the Movements of Others”, *Journal of Personality and Social Psychology*, 2004, n.º 86, 838-848.

WELZEL, Hans – (1931) “Kausalität und Handlung”, *ZStW*, 51, 703, reimp em WELZEL, Hans - *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin: de Gruyter 1975, 7-22.

– (1935) *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht. Untersuchungen über die ideologischen Grundlagen der Strafrechtswissenschaft*, Mannheim: Deutsches Druck-und Verlagshaus, 1935, reimp. em WELZEL, Hans - *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin: de Gruyter 1975, 29 – 119.

– (1939) “Studien zum System des Strafrechts” , ZStW, 58, 491-566, reimp em WELZEL, Hans - *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin: de Gruyter, 1975, 120-184.

– (1940) *Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrecht in seinem Grundzügen*, Berlin: de Gruyter, 1940; 3° ed., 1944.

– (1961) *Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte. Zur Dogmatik der fahrlässigen Delikte*, Karlsruhe: C.F. Müller, 1961, reimp. em WELZEL, Hans, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie* Berlin: de Gruyter, 1975, 315-344.

– (1969) *Das deutsche Strafrecht. Ein Lehrbuch*, Berlin: de Gruyter, 1947; 9°ed., 1965; 11°ed., 1969.

WESTEN, Peter – (2005) “Getting the Fly out of the Bottle: The False Problem of Free Will and Determinism”, *Buffalo Criminal Law Review*, 8, 2005, 100- 154.

WILLIAMS, Glannville – (1961) *Criminal law. The General Part*, 2^a ed., London: Stevens, 1961

– (1978) *Textbook of Criminal Law*, London: Stevens, 1978.

ZIELINSKI, Diethart – (1973) *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschulß*, Berlin; Duncker & Humblot ,1973.

– (1990) *Comentário a §§ 15, 16, AK-StGB*, 1990.